Die
Vollstreckungsgegenklage

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Köhler
Gerichts-Assessor.

Rostock
Adlers Erben, G. m. b. H., Rats- und Universitäts-Buchdruckerei
1926

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

§ 1. Die Rechtsbehelfe des Schuldners in der Zwangsvollstreckung 1

§ 2. Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage

I. Das Vollstreckungsrecht und sein Verhältnis zum materiellen Anspruch 2

II. Konstruktionsversuche 20

III. Eigene Ansicht 46

§ 3. Die Einwendungen des § 767 ZPO. 49

§ 4. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einwendungen 52

§ 5. Klagegrund, Klageänderung, Klageantrag, Beweislast 64

§ 6. Zuständigkeit 66

§ 7. Zeitliche Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage 69

§ 8. Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zur negativen Feststellungsklage hinsichtlich des materiellen Anspruchs und zur Berufung 72

Verzeichnis der benutzten Schriften.

David, Die prozessualen Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien bei den vollstreckbaren Urkunden der Zivilprozeßordnung. In Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 20, S. 415 ff.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1914.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 1900.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1922.

Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. 1909.

Goertz, Vollstreckungsgegenklage und Erinnerung. Zeitschrift f. deutsch. Zivilprozeß, Bd. 44, S. 114 ff.

Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. 1910.

Hein, Otto, Handbuch der Zwangsvollstreckung. 1914.

Hein, Wolfgang, Duldung der Zwangsvollstreckung. 1911.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1886.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit. 1905.

Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Teil I, Hellwig 1912. Teil II, Hellwig-Oertmann, 1919.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. 1903.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1910.

Kohler, Ueber exekutorische Urkunden. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 72, 1 ff.

Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 80, 141 ff.

Kohler, Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 29.

Koppel, Das Wesen der Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. Rostocker Dissertat. 1920.

Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. 1908.

Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.

Leuthold, Zur Auslegung des § 767 ZPO. über die Vollstreckungsgegenklage. Sächsisches Archiv für Rechtspflege. 1909. 4. Jahrgang, Nr. 5, S. 112 ff.

Mugdan, Ueber den Gerichtsstand des § 686 der Zivilprozeßordnung. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 21, S. 410 ff.

Müller, Wilhelm, Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. 1907.

Oertmann, Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 107, S. 199 ff. (angezogen: Oertmann, Vollstreckungsgegenklage).

Oetker, Konkursrechtliche Fragen. Festschrift der Rostocker Juristen-Fakultät für Windscheid. 1888.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. 1891.

Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1904.

Petersen-Remelé-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II, 1906.

Reincke, Die deutsche Zivilprozeßordnung. 1904.

Schmidt, Richard, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1906.

Schultz, Rudolf, Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde des Vollstreckungsverfahrens. 1911.

Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 des BGB. 1904.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. II. 1911.

Sohm, Rudolf, Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage.

Stein, Friedrich, Grundfragen der Zwangsvollstreckung. 1913.

Stein, Friedrich, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. Festgabe für Fitting. 1903.

Stein, Friedrich (früher Gaupp-Stein), Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1913.

Stein, Friedrich, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 2. Auflage des Grundrisses des Zivilprozeßrechts, bearbeitet von Dr. Josef Juncker. 1924.

Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1901.

Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 1920.

v. Tuhr, A., Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910.

Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 1896.

Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.

v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. 1892.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (angezogen Rsp. O.L.G.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (angezogen R.G.Z.).

Juristische Wochenschrift.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

§ 1.

Die Rechtsbehelfe des Schuldners in der Zwangsvollstreckung.

Dem Schutze des im Erkenntnisverfahren Unterlegenen, gegen welchen der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, dienen, abgesehen von den auf die Erteilung oder Beseitigung der Vollstreckungsklausel bezüglichen, die besonderen Rechtsbehelfe der §§ 766 und 767 ZPO. Beide beziehen sich auf durchaus verschiedene Fälle. Ihre Anwendbarkeit richtet sich nach der Art der zu rügenden Verletzung. Ist die Rechtslage des Schuldners dadurch beeinträchtigt, daß gesetzliche Vorschriften über die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das Verfahren des Gerichtsvollziehers überhaupt nicht oder nur mangelhaft beachtet sind, so kann der Schuldner mit der Erinnerung aus § 766 vorgehen. Dabei darf es sich aber nur um die Beanstandung tatsächlicher Vollstreckungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers oder auch des Gerichts selbst handeln. Will der Schuldner sich gegen eine Entscheidung des Vollstreckungsgerichts wenden, so ist er auf den in der Zwangsvollstreckung gewöhnlichen Weg der sofortigen Beschwerde nach § 793 ZPO. angewiesen. Dieser letztere Weg steht dem Schuldner daher auch offen, wenn er gegen die auf seine Erinnerung ergangene und ihn beschwerende Entscheidung vorgehen will.

Während hiernach mit der Rüge aus § 766 ZPO. die Beseitigung formeller Verstöße des Zwangsvollstreckungsverfahrens verlangt wird, der Anspruch selbst wie das Vollstreckungsrecht des vollstreckenden Gläubigers aber überhaupt nicht berührt werden, bezieht sich der Rechtsbehelf des § 767 ZPO. auf materielle Einwendungen. Der Schuldner wird durch ihn in die Lage versetzt, Veränderungen des Anspruchs, welche nach dem Schluß der letzten Tatsachenverhandlung zu seinen Gunsten eingetreten sind, geltend zu machen und dadurch die Zwangsvollstreckung dauernd oder zeitweilig zu hemmen. Er ist das wichtigste Verteidigungsmittel des Schuldners in der Vollstreckungsinstanz. Im Gegensatz zu der Formlosigkeit der Erinnerung ist für die Erhebung der Einwendungen des § 767 entsprechend ihrer größeren Bedeutung der umständlichere Weg der Klage vorgesehen. Für diesen im Gesetz selbst nicht ausdrücklich mit einem Namen belegten Rechtsbehelf hat sich nach dem Vorgange von Kohler in Wissenschaft und Praxis jetzt allgemein die Bezeichnung als „Vollstreckungsgegenklage“ eingebürgert.

§ 2.

Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage.

I. Das Vollstreckungsrecht und sein Verhältnis zum materiellen Anspruch.

Ueber die rechtliche Natur der Klage aus § 767 ZPO. besteht in der Wissenschaft keine einheitliche Auffassung. Bei der eigenartigen Beschaffenheit dieses Rechtsbehelfes ist das durchaus erklärlich; denn, wie der

Wortlaut der Gesetzesvorschrift ergibt, sind hier Bestimmungen des Zivil- und Prozeßrechts auf eine Weise verknüpft, die zu mannigfachen Streitigkeiten über deren Auslegung und Bedeutung Anlaß geben müssen. Da der Streit auf die prozeßrechtlichen Grundbegriffe zurückgeht, ist es erforderlich, zunächst diese festzulegen.

Das Klagrecht des Bürgers, dessen Privatrechtsanspruch von seinem Gegner bestritten und deshalb nicht erfüllt wird, richtet sich nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den Staat und ist ein vom materiellen Recht durchaus verschiedener Anspruch, der die Anwartschaft auf eine bestimmte, dem Kläger günstige Rechtsschutzhandlung enthält. So die Theorie vom konkreten Rechtsschutzanspruch, die heute als die durchaus herrschende anzusehen ist; sie gibt dem Kläger, wenn zu seinen Gunsten die materiellen Voraussetzungen für den Erfolg des Rechtsschutzbegehrens vorliegen, ein Recht gegen den Staat auf ein ihm günstiges Urteil [1]). Der Inhalt dieses Urteils ist entsprechend seinem Klageantrag verschieden und kann gehen auf Verurteilung zur Erfüllung des erhobenen Anspruchs, auf bloße Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des zur Aburteilung gestellten Rechtsverhältnisses oder auf den Ausspruch der Rechtsänderung. Ist das Verlangen des Klägers ungerechtfertigt, so hat der Beklagte den Rechtsschutzanspruch, der für ihn stets auf Abweisung gerichtet ist. Dieser Anspruch ist zum Schutze eines bestehenden zivilistischen Rechts im konkreten Fall gegeben und muß

[1]) Vertreter: Laband, Wach, Hellwig, Gaupp-Stein, Rich. Schmidt, Kleinfeller u. a.

wohl unterschieden werden von dem abstrakten Klagrecht, auch Klagmöglichkeit genannt. Nach diesem besteht für jeden die Befugnis, durch Klageerhebung eine Antwortspflicht des Gerichts zu begründen; sie ist durch das Bestehen eines Zivilrechts zugunsten des Klägers nicht bedingt und kann nicht als ein besonderes prozessuales Recht aufgefaßt werden, da die Möglichkeit, Klage zu erheben, jedem frei steht und somit durch sie eine Sonderstellung gegenüber anderen, ein besonderes Recht, nicht geschaffen ist [1]).

Rechtsschutz wird in erster Linie gewährt durch Fällung des Urteils. Reicht letzteres mit seiner autoritativen Feststellung, die auch in dem Leistungsurteil enthalten ist, allein nicht aus, das Rechtsschutzinteresse zu befriedigen, so ist ein weiterer Rechtsschutz für den Obsiegenden erforderlich. Das Mittel hierzu ist die zwangsweise Verwirklichung der im Urteil festgesetzten Leistung.

Nicht mehr ist der Berechtigte selbst befugt, wie in ältester Zeit, bei nicht freiwilliger Erfüllung des Schuldners die Erzwingung seines Privatrechtsanspruchs durchzuführen. Im Interesse der öffentlichen Ordnung hat der Staat in allmählicher geschichtlicher Entwicklung dem Gläubiger diese Befugnis entzogen und sich vorbehalten. Er hat sich gewissermaßen als Dritter zwischen Gläubiger und Schuldner eingeschaltet [2]). Nach der Zivilprozeßordnung ist nicht mehr der Gläubiger, sondern der Staat, und zwar er ausschließlich, Träger der Voll-

[1]) Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit. S. 26.

[2]) Vgl. zum Folgenden namentlich Stein, Grundfragen, S. 5 ff.

streckungsmacht. Er selbst betätigt sie als einen Teil der Staatsgewalt durch seine Organe und überträgt sie nicht etwa im einzelnen Falle auf den Gläubiger, der sie dann durch das Vollstreckungsorgan ausüben läßt. Der Staat allein hat noch das Recht zum Zwange gegen den Schuldner. Nur in unbedeutenden Resten ist dieses Recht dem Gläubiger belassen, so in der — nur provisorischen — Selbsthilfe des § 229 BGB. und den speziellen Fällen der §§ 561, 859 BGB., in der Vorpfändung des § 845 ZPO. und der dem Landesrecht vorbehaltenen Pfändung nach Art. 89 EG. BGB., sowie in den Fällen der besonderen Ueberweisung zur Einziehung nach §§ 835, 857 oder ausdrücklicher Ermächtigung nach § 887 ZPO. Diese Einzelerscheinungen vermögen aber insbesondere wegen ihrer aushilfsweisen Natur die Auffassung, daß grundsätzlich der Staat Träger der Vollstreckungsmacht ist, nicht zu widerlegen. Dem Recht des Staates zur Vollstreckung entspricht die Pflicht des Schuldners sie zu dulden und dieses Unterworfensein des Schuldners unter die staatliche Vollstreckungsgewalt, dies „Duldenmüssen“ [1]) ergibt sich aus der Stellung des Staatsbürgers gegenüber der Staatsgewalt, entsteht aber als „aktuelles Vollstreckungsrecht“ mit der Begründung des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers gegen den Staat [2]).

Zur Betätigung dieses staatlichen Rechts zum Zwange muß der Gläubiger den Anstoß geben und seinen Willen dahin kundtun, daß die Vollstreckung stattfinden solle.

---

[1]) So Hein, Duld. d. Zwangsvollstr. S. 58 ff.
[2]) Hellwig, System II, § 268, 5.

Der Staat hat nicht etwa von Amts wegen vorzugehen, wenn ein Urteilsanspruch nicht erfüllt wird. Die Befugnis des Gläubigers, das Eingreifen der Vollstreckungsgewalt vom Staate zu verlangen, ist ein publizistischer Anspruch und stellt sich dar als die vollstreckungsrechtliche Erscheinungsform des Rechtsschutzanspruchs. An Stelle des früher dem Gläubiger gegen den Schuldner unmittelbar zustehenden Rechts zur zwangsweisen Verwirklichung seines privatrechtlichen Anspruchs hat er jetzt nur noch ein Recht gegen den Staat auf Vollstreckung[1]). Diese Selbstbindung des Staates ist eine notwendige Folge seiner Monopolstellung auf diesem Gebiete. Der publizistische Vollstreckungsanspruch richtet sich nicht außerdem noch gegen den Gegner. Ebensowenig besteht ein privatrechtlicher Anspruch des Gläubigers dem Schuldner gegenüber, die Vollstreckung zu dulden[2]). Nur gegen den Staat allein richtet sich das Begehren des Gläubigers auf Vollstreckung.

Wenn gerade gegen den Vollstreckungsanspruch geltend gemacht wird[3]), daß ihm die Erzwingbarkeit fehle, so kann dieser Einwand jedem subjektiven publizistischen Rechte entgegengehalten werden. Hier ist aber, um mit Hellwig[4]) zu reden, ein besonderer Schutz, wie er für Privatrechte besteht, weder möglich, da der Anspruch sich gegen den Staat richtet und ein

[1]) So jetzt auch die herrschende Meinung. Vgl. Hellwig, System II, § 268, 3; dort auch Vertreter und Gegner dieser Lehre.

[2]) Stein, Grundfragen. S. 14.

[3]) Vgl. u. a. Geib, S. 94.

[4]) System II. § 269, 1.

diesem übergeordnetes Schutzorgan fehlt, noch überhaupt erforderlich, da Staat und Gläubiger keine entgegengesetzten Interessen vertreten. Mit dem obigen Einwand wird also die Auffassung vom Bestehen des Vollstreckungsanspruchs nicht widerlegt.

Nur wenn bestimmte Voraussetzungen, die im Prozeßgesetz selbständig aufgestellt sind, zugunsten des Antragstellers vorliegen, ist der Vollstreckungsanspruch gegeben. Als wichtigstes Erfordernis verlangt die Prozeßordnung den Vollstreckungstitel und erklärt als dazu geeignet die rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteile (§ 704 ZPO.) sowie die in den §§ 794 und 801 ZPO. aufgeführten Schuldtitel. Es ist aber auch notwendig, daß diese urteilsmäßige Festsetzung oder der sonstige Titel vollstreckbar im engeren Sinne, vollstreckungsfähig ist. Feststellungs- und Gestaltungsurteile sowie abweisende oder ein anderes Urteil aufhebende Urteile erfüllen nach der in Wissenschaft und Praxis weitaus herrschenden Ansicht diese Anforderung nicht [1]). Sie sind auch der Zwangsvollstreckung gar nicht mehr bedürftig, weil ihnen im Urteilsverfahren schon ausreichender Schutz zuteil wurde. Somit kommen nur solche Endurteile als Vollstreckungstitel in Betracht, die eine Verurteilung zur Leistung oder Duldung der Zwangsvollstreckung aussprechen. Sobald diese Urteile rechtskräftig geworden bzw. für vorläufig vollstreckbar erklärt worden sind, haben sie kraft Prozeßgesetzes die Eignung als Vollstreckungstitel zu dienen, sie erzeugen

[1]) Gaupp-Stein, Anm. III vor § 704; R.G.Z. 88, 248; 100, 98 ff.

den Vollstreckungsanspruch. Unwesentlich ist es, ob der Titel die Verleihung der Vollstreckbarkeit besonders ausspricht, wie z. B. das vorläufig vollstreckbare Urteil, Denn „die Vollstreckbarkeit ist Wirkung, nicht Inhalt des Urteils“ [1]).

Hier taucht aber die Frage auf, ob der Vollstreckungstitel allein oder nicht auch noch der materiellrechtliche Anspruch Erfordernis des Vollstreckungsrechts ist. Viele Schriftsteller verlangen in der Tat neben dem Vollstreckungstitel auch noch den Anspruch, aber die dem letzteren von ihnen zugeschriebene Bedeutung ist im einzelnen sehr verschieden.

Am weitesten geht in dieser Beziehung wohl Langheineken [2]), der in dem Vollstreckungstitel nur ein Formalerfordernis sieht, das allein zum Bestehen eines konkreten Vollstreckungsanspruchs keineswegs ausreicht. Der Titel muß vielmehr ein „materiell begründeter“ sein, da sonst ein „Vollstreckungsinteresse“ fehle, ohne das ein Vollstreckungsanspruch nicht denkbar sei. Die Bedeutung dieses Vollstreckungsinteresses für das Vollstreckungsrecht zeigt sich bei ihm darin, daß letzteres nicht nur infolge formeller Aufhebung (Außerkraftsetzung des Titels), sondern auch infolge jeder materiellen Erledigung (wie Erfüllung des Urteilsbefehls) erlösche. Der Besitz des Vollstreckungstitels begründe dann „nur den Schein eines Vollstreckungsanspruchs“. Der Privatanspruch ist nach ihm also der eigentliche Grund des Vollstreckungsrechts.

---

[1]) Stein, Grundfragen. S. 12.

[2]) Langheineken. S. 162 ff., besonders S. 164.

Ebenso sagt Seuffert[1]), daß das Vollstreckungsrecht von dem Vorhandensein eines vollstreckbaren privatrechtlichen Anspruchs abhängig sei, und beruft sich dabei auf Goldschmidt[2]), der dem „Privatrechtsanspruch im Verhältnis zum Vollstreckungsanspruch mindestens die Bedeutung einer materiellen causa" zuschreibt und Langheineken darin zustimmt, daß der Titel notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung des Vollstreckungsanspruchs sei. Auch Schmidt[3]) teilt die Ansicht von der Abhängigkeit des Vollstreckungsrechts. Ebenfalls wird man Schultz[4]) hierher rechnen müssen. Er nimmt allerdings insofern eine Sonderstellung ein, als er durch das rechtskräftige Urteil das Recht, den Anspruch, der vielleicht vorher gar nicht vorhanden war, erst geschaffen werden läßt. Mit v. Tuhr[5]), der sonst nicht hierher zu zählen ist, hat er die Auffassung gemeinsam, daß der Vollstreckungstitel nichts Selbständiges neben dem Anspruch sei, sondern nur eine autoritative Feststellung des letzteren. Damit machen diese Schriftsteller aber eine Erklärung des Umstandes unmöglich, daß nach dem Gesetz die Vollstreckung auch aus anderen Titeln als rechtskräftigen Urteilen stattfindet. Sie verlangen damit implicite, daß das Vollstreckungsorgan eine Prüfung nicht nur der Gültigkeit des Titels, sondern auch des Bestehens des materiellen Anspruchs vornehme. Dieser Standpunkt würde auch dahin führen,

[1]) Komm. Vorbem. 1 vor § 704.

[2]) Goldschmidt, S. 24 ff.

[3]) Schmidt, S. 1013 Anm. 1.

[4]) Schultz, Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde. S. 105; J. W. 20, 456.

[5]) v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 176 f.

daß ein rechtskräftiges Feststellungsurteil mit seiner zweifellosen Feststellung des Privatanspruchs vollstreckbar wäre. Das würde aber der wohl ausnahmslos herrschenden Lehre widersprechen [1]).

Die Stellungnahme Wachs [2]), des Begründers der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, zu dieser Frage ist nicht eindeutig und daher verschieden beurteilt. Nach ihm erscheint der Vollstreckungsanspruch „in gewisser Weise losgelöst vom materiellen Recht, dem zu dienen er bestimmt ist. Vermöge der Formalnatur seiner causa kann er bestehen, obschon das durch ihn zu verwirklichende oder zu sichernde Recht nicht oder nicht mehr besteht." Er führt als Beispiel hierfür die vorläufig vollstreckbaren Urteile an, die nachträglicher Aufhebung und damit der Feststellung, daß ein materieller Anspruch nicht vorhanden war, ausgesetzt sind, aber trotzdem solange, bis wirklich eine Abweisung erfolgt, wirksame Vollstreckungstitel sind. Dennoch muß nach ihm zufolge der „sekundären Natur" des Vollstreckungsrechts, der „Zurückbeziehung auf das zu exequierende materielle Recht" bei liquidem Fortfall des letzteren auch der Vollstreckungsanspruch hinfallen. Gerade hiermit erkennt Wach die Abhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruch an, und es ist Müller [3]) nicht zuzustimmen, der meint, es sei nur irreführend, wenn Wach von der „sekundären Natur" des Vollstreckungstitels spreche [4]).

[1]) Stein, Grundfragen, S. 11.
[2]) Wach, S. 300 f.
[3]) Müller, S. 12.
[4]) So Oertmann, Vollstreckungsgegenklage. S. 205.

Der bei allen diesen Theorien vertretenen Grundansicht, nach der das Bestehen des materiellen Anspruchs Voraussetzung der Vollstreckung ist, kann aber nicht zugestimmt werden, denn das Gesetz selbst bietet keine Grundlage für diese Auffassung. Es hat neben der Prüfung des Vollstreckungstitels eine solche hinsichtlich des Anspruchs nicht vorgesehen weder zu Beginn noch im Verlaufe der Vollstreckung. Oertmann[1]) hat dies treffend damit begründet, daß andernfalls die dringend notwendige Schneidigkeit der staatlichen Vollstreckung unerträglich gelähmt würde.

Schon die Tatsache, daß das Gesetz die vorläufig vollstreckbaren Urteile gleichermaßen als Vollstreckungstitel erklärt hat, wie das rechtskräftige Urteil, zeigt, daß der Vollstreckungstitel nicht durch das Bestehen des Anspruchs bedingt ist. Denn wenn das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil, auf Grund dessen eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist, nachträglich aufgehoben und die Klage wegen Nichtbestehens des Anspruchs abgewiesen wird, so ist damit keineswegs auch erklärt, daß ein Vollstreckungsanspruch sich auf das aufgehobene Urteil nicht habe gründen können. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist trotz der Möglichkeit späterer abweichender Entscheidung ausgesprochen worden; „auf Grund summarischer Kognition", wie Pagenstecher sagt[2]), und weil für den Richter die Wahrscheinlichkeit einer für den Kläger günstigen Entscheidung besteht. Wird später tatsächlich das Nichtbestehen des mate-

[1]) Oertmann, Vollstreckungsgegenklage. S. 237.
[2]) Pagenstecher, S. 376.

riellen Anspruchs festgestellt, so wird erst dadurch der Vollstreckungsanspruch beseitigt (§ 717 Abs. 1 ZPO.). Das Nichtbestehen des Anspruchs allein kann die Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs nicht bewirken.

Dieselbe Ungewißheit über das endgültige Bestehenbleiben der materiellen Grundlage herrscht u. a. auch bei den zu Vollstreckungstiteln erklärten Parteiakten. Denn die Vereinbarungen oder bloßen Erklärungen der Parteien (§ 794 Ziff. 1 und 5 ZPO.) unterliegen wie alle anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit gemäß den bürgerlichrechtlichen Vorschriften. Gleichwohl haben auch die vollstreckbaren Urkunden dieselbe Vollstreckungskraft wie rechtskräftige Urteile [1]).

Andrerseits ist aber auch nicht jeder Anspruch, selbst wenn er urteilsmäßig festgesetzt ist, vollstreckungsfähig. So können, wie schon mehrfach erwähnt, die auf Feststellungs- und Gestaltungsklagen erlassenen Urteile, für deren Vollstreckung ein Bedürfnis gar nicht vorhanden ist, nicht zwangsweise verwirklicht werden. Daneben sind vom Gesetz gewisse Urteile, die einen Anspruch auf Leistungen festsetzen, trotz denkbaren Bedürfnisses ausdrücklich von der Vollstreckbarkeit ausgeschlossen, so die Fälle des § 888 Abs. 2 ZPO [1]).

Von den Schriftstellern, die sich für eine Abhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom Bestehen des privatrechtlichen Anspruchs einsetzen, wird zur Widerlegung der im Vorstehenden vertretenen gegenteiligen Ansicht besonders die Vorschrift des § 775 Ziff. 4 und 5 ZPO.

[1]) Stein, Grundfragen. S. 11.

angeführt [1]). Nach dieser ist die Vollstreckung einzustellen oder zu beschränken, wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, welche die Befriedigung des Gläubigers oder die Bewilligung der Stundung durch diesen ergibt, oder wenn ein Postschein über die Einzahlung der geschuldeten Summe an den Gläubiger vorgelegt wird. Hier stellt aber, wie besonders Oertmann [2]) dargelegt hat, nicht die — wenn auch völlig liquide Befriedigung als solche, sondern das Vorlegen einer der genannten Urkunden den Einstellungsgrund dar. Der Umstand, daß der Schuldner sie im Besitz hat, reicht nicht aus. Ferner hat der Tatbestand des § 775 Ziff. 5 nicht einmal das Erlöschen des Anspruchs zur Folge, da gemäß § 270 BGB. Geldschulden Schickschulden sind, und daher die Einzahlung auf der Post den Anspruch noch nicht vernichtet. Daraus geht hervor, daß keineswegs die tatsächlich erfolgte materielle Befriedigung des Gläubigers für die Wirkungen des § 775 ZPO. maßgebend ist. Die Befriedigung allein ist weder ausreichend, denn es muß noch die Vorlegung des Scheines hinzukommen, noch unbedingt notwendig, denn die Beibringung der Bescheinigung und die aus ihr sprechende Vermutung für das Erloschensein des Anspruchs genügt zur Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung.

Das Gesetz läßt nun, wenn wirklich der Anspruch durch Befriedigung erloschen ist, damit nicht zugleich auch den Vollstreckungsanspruch untergehen. Vielmehr

[1]) u. a. Schmidt, S. 1013 Anm. 1; Gaupp-Stein, IX. Aufl. Vorbem. II, 2 vor § 704.

ist bei Vorlegung der Urkunden des § 775 Ziff. 4 und 5 ZPO. für das Vollstreckungsorgan nur vorgeschrieben, daß die Zwangsvollstreckung einzustellen ist. Eine weitere Vollstreckung darf also nicht stattfinden. Dagegen werden die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln nicht aufgehoben, sondern bleiben einstweilen von Bestand. Das Vollstreckungsrecht „wird nur in seiner Ausübung, nicht in seiner Existenz durch § 775 betroffen", wie Oertmann sich kurz und treffend ausdrückt [1]). Die Hemmung des Fortgangs dauert an, bis eine endgültige Entscheidung über das Vollstreckungsrecht im Wege der Vollstreckungsgegenklage erfolgt, oder der Gläubiger gutwillig den Vollstreckungsantrag zurücknimmt.

Es ist ferner von gegnerischer Seite geltend gemacht, daß eine Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit vom materiellen Anspruch aus dem Umstande zu folgern sei, daß bei dem Klageverfahren auf Erlassung des Vollstreckungsurteils nach § 722 f ZPO. materielle Einwendungen gegen den Anspruch vorgebracht werden können und dann zur Abweisung der Klage führen müssen [2]). Dieser Schluß ist aber nicht gerechtfertigt, denn es sind ausschließlich prozessuale Zweckmäßigkeitserwägungen, die hierzu führen. Es würde nämlich im Falle der Nichtberücksichtigung begründeter materieller Einwendungen einer Entscheidung die Vollstreckbarkeit verliehen werden, wenn bereits feststeht, daß sie im Hinblick auf die bestehende materielle Rechtslage zur Entziehung im Wege

[1]) Oertmann, Vollstreckungsgegenklage. S. 209.
[2]) Wach, Vorträge II, S. 301.

der Vollstreckungsgegenklage reif wäre. Ebenso darf hier nicht ins Feld geführt werden, daß in dem alten Verfahren, welches zur Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruchs führte (§ 1042 ZPO. a. F.) materiellrechtliche Einwendungen gegen den für vollstreckbar zu erklärenden Schiedsspruch zugelassen waren. (Dasselbe muß auch für das neue Beschlußverfahren [§§ 1042, 1045 ZPO. n. F.] gelten.) Denn einmal sind hier auch die eben erwähnten Zweckmäßigkeitserwägungen zu berücksichtigen, und dann bildete der für vollstreckbar zu erklärende Schiedsspruch ja gar nicht den Gegenstand eines vorausgegangenen gerichtlichen Verfahrens[1]).

Auch Goldschmidt[2]), der bereits als Anhänger der Lehre von der Abhängigkeit des Vollstreckungsrechts anzuführen war, gibt zu, daß der Vollstreckungstitel bedingungslos vollstreckbar sei, aber er will diese Unabhängigkeit nur auf die „Vollstreckbarkeit" bezogen wissen, wogegen der Vollstreckungsanspruch von seiner materiellrechtlichen Grundlage nicht loszulösen sei. Die Unabhängigkeit der „Vollstreckbarkeit" von dem Privatanspruch schließe nicht eine entsprechende Unabhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs in sich. Gegen diese Scheidung spricht aber, daß die „Vollstreckbarkeit" im Grunde auf denselben prozessualen Vorschriften beruht wie der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers. Denn dieser besagt doch nur, daß der Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen befugt ist, vom Staat die Vollstreckung seines Leistungsanspruchs zu verlangen;

[1]) Im Ergebnis ebenso Hellwig, System II, § 385, B.
[2]) Goldschmidt, S. 32.

und das bedeutet nichts anderes, als daß der Anspruch vollstreckbar ist.

Nach alledem ist es geboten, sich bei der Streitfrage, ob die Zwangsvollstreckung vom materiellen Anspruch abhängig ist, in Uebereinstimmung mit Gaupp-Stein, Oertmann, Hellwig, Müller[1]) dahin zu entscheiden, daß das Vollstreckungsrecht, d. h. sowohl das Recht des Gläubigers auf die Vollstreckung wie das Recht des Staates zur Vollstreckung nur auf dem Titel und nicht auch noch auf dem Anspruch beruht. Nur der Titel bestimmt Inhalt und Umfang des Volstreckungsrechts für Gläubiger und Staat. Selbst die staatliche Zwangsgewalt darf die im Titel gesetzten Schranken nicht außer Acht lassen. Solange jedoch das Vollstreckungsorgan sich an ihn hält, handelt es rechtmäßig. Eine Berücksichtigung des zugrunde liegenden Anspruchs wird von ihm nicht verlangt.

Ebenso ist es zunächst für den Gläubiger. Solange er den Titel hat, kann er in den darin gezogenen Grenzen vom Staate Vollstreckung begehren. Daneben kommt auch für den Gläubiger, insofern sein Vollstreckungsantrag gegenüber dem Staat in Frage steht, der materielle Anspruch nicht in Betracht.

Das Gesetz versagt einer im Laufe der Vollstreckung eintretenden Aenderung des zivilrechtlichen Anspruchs jede unmittelbare Wirkung auf den Vollstreckungsanspruch. Für diesen sind eben nur die prozeßgesetzlichen

[1]) Gaupp-Stein, Vorbem. II, 2 vor § 704; Stein, Grundfragen, S. 8/10; Oertmann, Vollstr.-Gegenkl. S. 206 ff; Hellwig, System II, § 286, hier auch das weitere Schrifttum; Müller, S. 12 ff.

Bestimmungen maßgebend. Erst wenn eine Aenderung auf Grund einer prozessualen Vorschrift geltend gemacht wird, kann die Vollstreckungsklage entsprechend gestaltet werden. Dies ist die Folge der selbständigen Natur des Titels.

Zwischen dieser und der hier bekämpften Ansicht steht noch eine Gruppe von Meinungen, die zwischen beiden vermittelt. Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen der staatlichen Tätigkeit und der des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung gelangen ihre Vertreter zu Konstruktionen, die im einzelnen erheblich voneinander abweichen. Von ihnen sei nur Geib einer kurzen Betrachtung unterzogen.

Er verwirft ausdrücklich den konkreten Rechtsschutzanspruch und den Vollstreckungsanspruch, tritt aber in gewissem Sinne für die Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts von seiner materiellen Grundlage ein. Wie in der Klage sieht er auch im Vollstreckungsrecht eine „doppelte Aktion". Der Vollstreckungsbetrieb des Gläubigers zerfällt in das „Rechtsschutzbegehren" gegenüber dem Staat und die „Anspruchsbetätigung", „die Betätigung der Erzwingbarkeit des Anspruchs" gegenüber dem Schuldner. Das rechtliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Staat beruht nach ihm nicht auf dem zivilistischen Anspruch, sondern auf dem Vollstreckungstitel und dem Vollstreckungsantrag und bedeutet, daß der Gläubiger beantragen kann, „daß die staatliche Zwangsgewalt gegen den Vollstreckungsschuldner in Gemäßheit des Vollstreckungstitels in Bewegung gesetzt werde." Bei dem Rechtsverhältnis zwischen

Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner dagegen bildet der gläubigerische Privatrechtsanspruch die rechtliche Grundlage. „Vollstreckungstitel" und „Vollstreckungsantrag schaffen keinesfalls bereits eine Rechtsbeziehung zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner. „Sie bilden nur die Vollstreckungscausa", „begründen die Rechtmäßigkeit der staatlichen Zwangshandlungen im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner; sie rechtfertigen aber nicht die im Zwangsvollstreckungsbetrieb enthaltene Aktion des Vollstrekkungsgläubigers gegen den Vollstreckungsschuldner". Die Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Staat gründet sich nur auf den Vollstreckungstitel mit der Vollstrekkungsklausel und den Vollstreckungsantrag, dagegen ist das Bestehen des Leistungsanspruchs des betreibenden Gläubigers für die Rechtmäßigkeit der staatlichen Zwangsaktion unerheblich. Somit ist bei Geib die Vollstreckbarkeit, soweit die Aktion des Gläubigers gegen den Staat in Frage steht, unabhängig vom materiellen Anspruch und in ihrer Rechtmäßigkeit nur durch die Einhaltung der prozessualen Vorschriften bedingt. Handelt es sich aber um die Aktion des Gläubigers gegen den Schuldner, so ist diese nur dann rechtmäßig, wenn der Privatrechtsanspruch wirklich besteht, mögen auch die prozessualen Erfordernisse gewahrt sein [1]).

Diese Zweiteilung des Vollstreckungsbetriebes in das publizistische Rechtsschutzbegehren und die privatrechtliche Anspruchsbetätigung kann aber nicht gebilligt werden. Ganz allgemein erscheint es nicht unbedenklich,

[1]) Vgl. Geib, S. 67 ff, 94 ff, 97.

hier von zwei Handlungen zu reden, wo doch nur ein Erfolg, nämlich die Verwirklichung des Gläubigerrechts durch den Vollstreckungsbetrieb herbeigeführt wird. Wenn der Gläubiger die Erzwingbarkeit des Anspruchs betätigt, so kann als Erfolg dieser Handlung doch nur die zwangsweise Verwirklichung des Anspruchs durch die Staatsgewalt, der sie nach dem Gesetz regelmäßig ausschließlich zusteht, gemeint sein. Den gleichen Erfolg hat aber bei Vorhandensein der prozeßrechtlichen Voraussetzungen auch das „Rechtsschutzbegehren". Wird schon hierdurch der Erfolg herbeigeführt, würde die „Anspruchsbetätigung" eines Zwecks ermangeln.

Mit Erfolg wendet sich auch Stein[1]) gegen die Geibsche Lehre, wenn er etwa Folgendes ausführt. Vom Standpunkt des Privatrechts aus sei ein Anspruch zwar nur dann voll berechtigt, wenn bei ihm die Aussicht auf Erzwingung durch Klage und Vollstreckung bestehe. Daraus könne man jedoch nicht folgern, daß die Erzwingbarkeit ein dem Anspruch kraft materiellen Rechts immanente Eigenschaft sei. Denn wäre sie dies, so müßte sie, wo immer sie gerichtlich geltend gemacht würde, gemäß den Grundsätzen des internationalen und intertemporalen Privatrechts nach dem Recht beurteilt werden, das für den zivilistischen Anspruch maßgeblich ist. In Wirklichkeit gehe jedoch der Staat, der die Vollstreckung durchführe, ohne Rücksicht auf das Recht des materiellen Anspruchs immer nur nach seinem Recht zur Zeit der Zwangsanwendung vor[2]).

[1]) Stein, Grundfragen, S. 6.

[2]) u. a. wendet sich besonders nachdrücklich auch Goldschmidt (S. 8 ff, 13 f.) gegen Geibs Lehre.

II. Die Konstruktionsversuche der Vollstreckungsgegenklage.

Wenn hier der Standpunkt eingenommen ist, daß die Vollstreckbarkeit vom materiellen Anspruch unabhängig ist, so ist damit dem letzteren in der Zwangsvollstreckung nicht jede Bedeutung abgesprochen. Die Zwangsvollstreckung dient im Grunde nur der Verwirklichung des materiellen Rechts. Es würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen und dem einheitlichen Zweck der Rechtsordnung widersprechen, wenn der Gläubiger dieses Zwangsmittel ohne jede Rücksicht auf den Anspruch sollte gebrauchen dürfen. Bei den verschiedenen Voraussetzungen, die für Entstehen und Endigung von Anspruch und Vollstreckbarkeitsrecht durch das Gesetz aufgestellt sind, ist die Möglichkeit des Auseinandergehens beider von selbst gegeben.

Besteht nun die Vollstreckbarkeit, der Vollstreckungserreger, weiter, ist dagegen der Anspruch weggefallen, so ist der Schuldner der Vollstreckungsgefahr nach wie vor ausgesetzt, obgleich deren Durchführung einen dem materiellen Recht widersprechenden Angriff darstellen würde. Die Vollstreckung würde, was die Tätigkeit des Gläubigers anbelangt, möglich, aber nicht rechtmäßig sein. Der Gläubiger würde in solchem Falle sein Recht auf Vollstreckung gegen den Staat ausüben dürfen, damit aber zugleich dem Schuldner gegenüber rechtswidrig handeln. Diese gleichzeitige Rechtmäßigkeit und Unrechtmäßigkeit erscheint zunächst widerspruchsvoll und läßt die Theorie Geibs mit der Zweiteilung des Vollstreckungsbetriebes verlockend erscheinen. Denn sie er-

möglicht eine verschiedene Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vollstreckung, je nachdem ob man die publizistische oder die privatrechtliche Handlung betrachtet. Diese Zerreißung der Vollstreckung im Geibschen Sinne war jedoch abzulehnen und kann daher hier nicht verwandt werden. Sie ist aber auch gar nicht erforderlich, denn eine zwiefache Beurteilung einer Handlung ist der Rechtsordnung durchaus nicht unbekannt. Es kommt ja auch sonst vor, daß jemandem ein Recht gegen den einen verliehen ist, dessen Gebrauch einem anderen gegenüber für rechtswidrig erklärt ist. Treffend erhärtet Stein[1]) diese Erscheinung durch das Beispiel, daß der Eigentümer, der seine Sache zerstört, damit gemäß § 903 BGB. nur sein Recht ausübt, doch dem etwaigen Mieter der Sache gegenüber widerrechtlich handelt.

Die Aufgabe, hier den notwendigen Ausgleich zu schaffen, hat die Prozeßordnung der Vollstreckungsgegenklage übertragen. Dem Schuldner ist in ihr ein Mittel zugänglich gemacht, hinsichtlich des Anspruchs eingetretene Veränderungen gegenüber der Vollstreckung zur Geltung zu bringen und die nicht mehr vorhandene Uebereinstimmung zwischen beiden dadurch wiederherzustellen.

Die einzelnen Schriftsteller beurteilen nun die rechtliche Natur dieser Vollstreckungsgegenklage verschieden je nach ihrer Einstellung zu der Frage der Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom materiellen Recht. Manche meinen in ihr sogar eine Klage besonderer Art

[1]) Stein, Grundfragen, S. 18, dort auch das übrige Schrifttum.

sehen zu müssen, deren Einordnung in die anerkannten Klagarten nicht angängig sei.

Von den Anhängern der Lehre, nach welcher der Vollstreckungsanspruch durch den Bestand des zugrunde liegenden zivilistischen Anspruchs bedingt ist, sind hier Richard Schmidt, Schwartz, Schultz, Falkmann, Seuffert und Langheineken zu nennen. Sie alle bezeichnen die Vollstreckungsgegenklage als eine Klage, die auf negative Feststellung gerichtet ist, sehen aber in dem Gegenstande der Feststellung nicht dasselbe.

Für Schmidt[1]) geht die Vollstreckungsgegenklage auf die Feststellung, „daß der für vollstreckbar erklärte Anspruch nicht mehr besteht“[2]). In einer Anhangs- oder Nachtragsklage wird die Prüfung der Existenz des Anspruchs fortgesetzt[3])[4]). Auf diese Ansicht beruft

---

[1]) S. 1012 ff.

[2]) Seiner gelegentlichen Aeußerung (S. 883 bei Behandlung der vollstreckbaren Urkunden), die Klage des § 767 sei von der ZPO. „allgemein zur Beseitigung vollstreckbarer Titel geschaffen“, darf man offenbar nicht allzu großes Gewicht beilegen, da er sich sonst mit der obigen Erklärung in Widerspruch setzen würde. Denn zur Beseitigung eines vollstreckbaren Titels durch richterliche Entscheidung würde auch nach seiner Auffassung von dieser Klageart nur ein rechtsgestaltendes Urteil in Frage kommen können.

[3]) Ebenso J. W. 20, 456 (LG. Elberfeld).

[4]) Hier ist auch Reincke zu nennen, der in der Klage regelmäßig eine Feststellungsklage mit materiellem Ziel (Einwendungen gegen den Judikatanspruch) sieht, gerichtet auf Verhinderung oder Beseitigung der Vollstreckung des Judikatanspruchs; unter Umst. ist sie nach ihm auch eine Leistungsklage, die auf Erstattung oder Rückgewähr des Beigetriebenen geht. Vgl. Komm. § 686 (a. F.) N. a.

sich ausdrücklich auch Schwartz[1]). Er betont einerseits die Form der Klage als negative Feststellungsklage und bezeichnet andrerseits als ihre materielle Grundlage eine Bereicherung im Sinne der condictio ob causam finitam (Fortfall des rechtlichen Grundes). Gegen diese letztere Auffassung ist aber mit Oertmann[2]) zu sagen, daß eine Bereicherung, wenn sie einmal eingetreten ist, niemals durch die bloße Feststellung des fehlenden Rechtsgrundes beseitigt werden könne. Das Wesen der erfolgreichen Durchführung der Vollstreckungsgegenklage sieht Schwartz darin, daß in Zukunft nur das neue rechtskräftige Urteil Rechtswirkungen übe, dem früheren dagegen die Rechtswirksamkeit genommen sei. Eine rechtsgestaltende Natur spricht er der Klage aber ausdrücklich ab.

Der Schmidtschen Lehre steht auch Schultz nahe, der das Verfahren auf die erhobene Vollstreckungsgegenklage als „Wiederaufnahme des bereits zum Abschluß gelangten Prozesses" bezeichnet und in ihm eine neue Prüfung und Entscheidung über den bereits durch das erste Urteil festgestellten Anspruch sieht[3]).

Eine materiell rechtliche Richtung hat das Feststellungsbegehren auch bei Falkmann[4]). Es geht auf „das (gänzliche oder teilweise) Nichtmehrbestehen des durch das Urteil festgestellten Rechtsverhältnisses".

---

[1]) Schwartz, S. 107 f., bes. S. 108 Anm. 1.

[2]) Vollstreckungsgegenklage. S. 200.

[3]) S. 417 ff.; Bem. in J. W. 20, 456 zum Urteil des L.G. Elberfeld.

[4]) Falkmann, S. 383.

Wenn er auch als Endergebnis die Feststellung annimmt [1]), „daß die Vollstreckung aus dem Urteil nicht mehr zulässig sei", meint er doch hiervon den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits unterscheiden zu müssen. Nach ihm streiten die Parteien nicht darüber, „ob das Urteil noch vollstreckt werden darf oder nicht", sondern allein über die Frage, „ob Tatsachen eingetreten sind, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts den Urteilsanspruch aufheben oder hemmen."

Im Gegensatz zu den eben Genannten geben Seuffert und Langheineken der Feststellung eine prozessuale Richtung. Nach ersterem [2]) wird mit der Vollstreckungsgegenklage die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen Erlöschens oder Hemmung des Anspruchs verlangt; nach letzterem [3]) die Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsanspruchs. Wenngleich für Langheineken letzten Grundes die Klage Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln bezweckt, so entscheidet über ihre Art nicht der jenseits des Prozesses liegende Zweck, sondern der notwendige bei beliebiger Aenderung des Sachverhalts konstante Gehalt des im Sinne der Klage ergehenden Entscheides.

Hier ist auch die Auffassung von Hellmann [4]) zu nennen, der die Klage gleichfalls, allerdings nur für den Fall noch nicht begonnener Zwangsvollstreckung, „auf

---

[1]) S. 397 f.

[2]) Komm. § 767, 1a.

[3]) Langheineken, S. 179 f, 162 ff.

[4]) Hellmann, S. 831.

Feststellung des Nichtbestehens eines Vollstreckungsrechts, andernfalls auf Einstellung und Aufhebung schon vollzogener Vollstreckungsmaßregeln gerichtet sein läßt.

Diese Ansichten gewähren aber dem mit der Vollstreckung angegriffenen Schuldner nicht den Schutz, den das Gesetz ihm offenbar durch die Klage aus § 667 gewähren wollte. Wenn wirklich der privatrechtliche Anspruch weggefallen und damit - nach Ansicht der hier genannten Schriftsteller - auch der Vollstreckungsanspruch zum Erlöschen gebracht ist, so wird durch den auf die Feststellungsklage ergehenden Richterspruch nur festgestellt, daß die Vollstreckbarkeit bezw. der materielle Anspruch nicht mehr besteht. Das Urteil hat nur diese deklarative Bedeutung und erzeugt auch keine Vollstreckbarkeit im engeren Sinne, die dem Feststellungsurteil seiner Natur nach nicht innewohnt. Denselben Erfolg würde der Schuldner schon auf Grund der allgemeinen Vorschriften der Zivilprozeßordnung erreichen können, und der § 767 hätte dann, wie Oertmann[1]) zu Recht ausführt, nur die Bedeutung, dem durch die Vollstreckung bedrängten Schuldner einen besonderen nach § 802 ZPO. ausschließlichen Gerichtsstand vorzuschreiben. Dann würde die Vorschrift des § 767 gegenüber den Bestimmungen des § 256 ZPO. eine Erschwerung und Beschränkung für die vom Vollstreckungsschuldner im Vollstreckungsverfahren zu erhebende Feststellungsklage bedeuten, da dann der Vollstreckungsschuldner gezwungen wäre, seine Klage nur im Gerichts-

[1]) Oertmann, Vollstreckungsgegenkl. S. 202 f.

stand des § 767 zu erheben. Der Absicht des Gesetzes, dem es offenbar um Schaffung eines neuen Rechtsbehelfes zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung zu tun war[1]), würde dies schwerlich entsprechen. Daß die negative Feststellung des materiellen Anspruchs für die Vollstreckungsgegenklage weder erforderlich noch ausreichend ist, betont auch das Reichsgericht in Seuff. Arch. 59, S. 77 ff. und folgert daraus, daß die Vollstreckungsgegenklage einer gewöhnlichen negativen Feststellungsklage neben sich Raum lasse (vgl. auch R.G.Z. 38, 428 f.).

Die Natur der Vollstreckungsgegenklage als Feststellungsklage kann aber auch von dem oben vertretenen Standpunkt der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruch nicht gebilligt werden, denn wenn der Schuldner die Klage aus § 767 auf Feststellung des Nichtbestehens des privatrechtlichen Anspruchs erheben würde, wäre dadurch für ihn so gut wie nichts erreicht, da gerade die ihn gefährdende Vollstreckbarkeit durch das Urteil nicht berührt würde[2]). Zwar bliebe die Feststellung nicht völlig nutzlos, da das Urteil immerhin als eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 775 Ziff. 4 anzusehen ist, deren Vorlegung den Gerichtsvollzieher zur Einstellung der Vollstreckung nötigte. Aber diese Einstellung läßt bereits getroffene Voll-

---

[1]) A. A. freilich Schwartz, S. 106 ff., der, wie seine Ausführungen im einzelnen erkennen lassen, die Bedeutung des § 767 sehr gering einschätzt, ihn sogar als „teils verfehlt, teils entbehrlich" bezeichnet.

[2]) Vgl. namentlich Oertmann, Vollstreckungsgegenklage, S. 216 ff.

streckungsmaßnahmen einstweilen von Bestand (§ 776); zur endgültigen Aufhebung reicht sie nicht aus, dazu bedürfte es einer Urkunde im Sinne der Ziffern 1 und 3 des § 775. Durch eine ungeachtet der Feststellung fortgesetzte Vollstreckung würde unter Umständen auch eine Schadensersatzpflicht des Gläubigers nach § 823 oder § 826 BGB. begründet werden können.

Fernerhin würde, wenn man dem Urteil aus § 767 nur feststellende Wirkung beimessen wollte, dieses Urteil nur zwischen dem Gläubiger und Schuldner Rechtskraft erzeugen können, auch würde der Vollstreckungstitel als solcher bestehen bleiben. Es würde also der Gläubiger ungehindert sein, seinen Vollstreckungsanspruch gegen den Staat von neuem geltend zu machen und durch das Ingangsetzen der Zwangsvollstreckung dem Schuldner, wenn auch vielleicht keinen Vermögensschaden, so doch wenigstens Unbequemlichkeiten zuzufügen. Dann aber hätte der Schuldner immer von neuem Interesse daran, Feststellungsklagen gleicher Art gegen den Gläubiger zu erheben. Solche Regelung konnte aber vom Gesetzgeber weder im Interesse des Schuldners noch des Gläubigers, der dann immer von neuem durch Feststellungsklagen überzogen werden könnte, beabsichtigt sein.

Ebenso unannehmbar ist die Auffassung von Seuffert und Langheineken für die Vertreter eines unabhängigen Vollstreckungsrechts. Denn bei Zugrundelegung dieser letzteren Anschauung ist das Gericht überhaupt nicht befugt, wenn der materielle Anspruch wegge-

fallen ist, auch den Wegfall der Vollstreckbarkeit festzustellen [1]).

Unter den Schriftstellern, welche die hier vertretene Ansicht von der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruch lehren, ist zunächst Kohler [2]) anzuführen.

Er gibt zwei Konstruktionen für die Vollstreckungsgegenklage.

Er betont einmal, daß die Klage nicht einen Angriff gegen ein einzelnes Vermögensstück, sondern gegen jedes Vermögensgut des Schuldners abwehren, daß sie bei den obligationes faciendi, wie überall da, wo sich der Angriff gegen die Person richtet, die Unstatthaftigkeit solchen Vorgehens geltend machen will. Der Schuldner betätigt mit der Klage einen „Anspruch zur Wahrung der individuellen Integrität gegen den exekutiven Angriff", einen Anspruch aus dem Individualrecht.

Daneben gibt Kohler eine andere Erklärung, nach der „dem Rechte des exequierenden Gläubigers eine beschränkende Voraussetzung innewohnt". Der materiellrechtliche Anspruch ist für ihn nicht Bedingung der Vollstreckbarkeit, sondern die ihr zugrunde liegende „materiellrechtliche Voraussetzung" (causa). Den Mangel der causa macht der Schuldner mit der Vollstreckungsgegenklage geltend. Das darin gestellte Verlangen, „daß die Vollstreckungsmaßnahmen aufgehoben und der status

[1]) Vgl. die ausführlichen Darlegungen bei Oertmann, Vollstreckungsgegenkl. S. 219 ff.

[2]) Arch. f. d. ziv. Pr. 72, 15 ff.

quo ante wiederhergestellt werde", ist dann begründet in der „causa-Losigkeit des Vollstreckungstitels".

Kohlers spätere Veröffentlichungen über dieses Gebiet [1]) vertreten nur noch die letztere Konstruktion [2]) und widmen ihr ausführlichste Behandlung, die für die weitere wissenschaftliche Bearbeitung der Vollstreckungsgegenklage von grundlegender Bedeutung geworden sind.

Die Vollstreckungsgegenklage bringt nach ihm zur Geltung, daß die dem Titel, der äußeren Urkunde noch anhaftende Vollstreckungsmacht nicht mehr eine der Rechtsordnung entsprechende ist. Die auf Grund des Vollstreckungserregers vorgenommenen Vollstreckungshandlungen sind formell gültig, aber mit einem Vernichtung drohenden Mangel behaftet, da die materiellrechtliche Voraussetzung nicht mehr besteht. Wie der Klage die exceptio, so steht dem Vollstreckungserreger die Vollstreckungsgegenklage gegenüber. Der dem materiellen Recht zuwider angegriffene Schuldner begehrt mit der Vollstreckungsgegenklage Restitution. Ihr Ausgangspunkt ist ein zivilistischer, nämlich die Nichtigkeit der zugrunde liegenden causa, also eine condictio, das Ziel ist prozessual, nämlich „die Abstumpfung oder das Zurückdrängen eines Vollstreckungserregers" [3]). Dies geschieht durch die bloße Feststellung der causa-Losigkeit des Titels. Einerseits darf der Beklagte nun von dem Vollstreckungserreger keinen Gebrauch mehr machen,

---

[1]) Besonders Arch. f. d. ziv. Pr. 80, 141 ff., 157 ff. und Z.Z.Pr. 29, 14 f.

[2]) Oertmann, Vollstreckungsgegenklage. 230.

[3]) Arch. f. ziv. Pr. 80, 145.

andrerseits ist auch für die Staatsorgane festgesetzt, „daß ein Vollstreckungserreger vorliegt, der nicht den Charakter eines materiellen Vollstreckungstitels hat“[1]). Denn auf Grund solchen Titels dürfen die Vollstreckungsorgane nicht tätig werden und müssen auf Verlangen Maßnahmen, die sie auf Grund des Titels getroffen haben, zurücknehmen.

Vorstehendes soll nach Kohler nur gelten, wenn die Organe des Staates die Vollstreckung bereits eingeleitet haben. Anders wenn noch keine Vollstreckungshandlungen stattgefunden haben; dann ist nach Kohler die Vollstreckungsgegenklage nicht begründet. Es soll dann ein Angriff, der zurückzuweisen wäre, angeblich nicht vorliegen. Hier läßt er nur eine Feststellungsklage zu, sobald der Schuldner ein rechtliches Interesse hat. Dafür genügt aber schon ein Benehmen des Gläubigers, aus dem hervorgeht, daß er von der causalosen Urkunde Gebrauch machen werde. Diese Feststellungsklage, die ja an sich den Charakter einer negativen Feststellungsklage tragen würde, soll nach Kohler auch als positive Feststellungsklage gedacht werden können, insofern als sie nur eine „Anticipation“ der doch auf ein Verhalten des Gläubigers gerichteten Vollstreckungsgegenklage sei.

Kohler[2]) gelangt also zu dem Schluß, die Vollstreckungsgegenklage stelle nach Beginn der Zwangsvollstreckung eine Leistungsklage dar und gehe neben der Wiederherstellung auf Unterlassung des Voll-

[1]) a. a. O. S. 146.

[2]) Arch. f. ziv. Pr. 72. S. 13.

streckungsbetriebes und Feststellung, daß eine Berechtigung zu weiteren Vollstreckungshandlungen nicht besteht. Er lehnt die Natur als rechtsgestaltendes Urteil ausdrücklich ab, obgleich er mit manchen Aeußerungen wie z. B. „das Ziel der Vollstreckungsgegenklage sei die Abstumpfung oder das Zurückdrängen des Vollstreckungserregers" zu dieser Auffassung gelangen zu wollen scheint. Daneben hält Kohler für die Fälle der Vollstreckungsgegenklage vor Beginn der Zwangsvollstreckung an der Natur der Feststellungsklage fest. Hiergegen wendet Oertmann mit Recht ein, daß die durch das Urteil erfolgte Feststellung der Nichtexistenz des Privatanspruchs nur unter den Parteien wirkt. Das Ergebnis, daß sich aus ihr auch die Verpflichtung für die Staatsorgane ergibt, keine Vollstreckungshandlungen zugunsten des Gläubigers mehr vorzunehmen, kann nur dann erreicht werden, wenn man eine Abhängigkeit des publizistischen Vollstreckungsrechts vom Anspruch annimmt. Letzterer ist aber nach Kohler, wie eben ausgeführt, nur Voraussetzung, nicht Bedingung der Vollstreckbarkeit. Außerdem ist es wenig glücklich, die Einheit des Rechtsbehelfs dadurch zu vernichten, daß man die rechtliche Natur der Klage verschieden beurteilt, je nachdem sie vor oder nach Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben wird.

Aber auch an und für sich ist die Theorie der Leistungsklage, die in reiner Form von v. Wilmowsky-Levy[1]) und dem O.L.G. Hamburg[2]) vertreten wird,

[1]) Kommentar, § 767.
[2]) O.L.G. Hamburg in Seuff. Arch. 39, 370.

nicht zu billigen. Und zwar hauptsächlich deswegen, weil sie dem Schuldner eine Abwehr mit der Vollstreckungsgegenklage v o r begonnener Vollstreckung unmöglich macht, denn vorher ist eine Leistung, deren Rückgewähr der Schuldner verlangen könnte, nicht vorhanden. Daß der Schuldner aber gerade in dem Stadium geschützt werden muß, erkennen die Vertreter dieser Ansicht selbst an, wenn sie ihn wie (außer Kohler auch) das O.L.G. Hamburg auf die gewöhnliche negative Feststellungsklage verweisen, die freilich, wie schon erwähnt, für diesen Zweck nicht ausreicht. Demgegenüber sei schon hier darauf hingewiesen, daß der Wortlaut des Gesetzes die Erhebung der Klage vom Beginne der Zwangsvollstreckung in keiner Weise abhängig macht.

Ernste Bedenken erheben sich jedoch auch gegen die Auffassung der n a c h Beginn der Vollstreckung erhobenen Gegenklage als Leistungsklage.

Allgemein ist gegen sie einzuwenden, daß sie die Interessen des Schuldners nicht genügend zu wahren vermag. Denn der Schluß Kohlers, die Verurteilung des Gläubigers schließe ein erneutes Tätigwerden der Vollstreckungsorgane aus, geht fehl, wie oben ausgeführt ist. Eine Verurteilung des Gläubigers zur Unterlassung des Vollstreckungsbetriebes sowie zur Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen läßt vielmehr den Vollstreckungstitel als solchen von Bestand. Dadurch wäre der Schuldner vor weiteren Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers nicht geschützt; er müßte sich nur damit trösten, daß er die ihm durch die Vollstreckung entzogenen Gegenstände demnächst mit einer neuen Leistungsklage

zurückfordern könnte [1]). Im übrigen ist eine Klage auf Unterlassung der Vollstreckung, also eine Leistung des Gläubigers deshalb nicht angängig, weil nicht der Gläubiger selbst, sondern der Staat durch seine Organe vollstreckt. Bei der publizistischen Natur von Vollstreckungstitel und -anspruch kann deren Vernichtung nicht Gegenstand eines Leistungsanspruchs an den Beklagten sein.

Um die Beseitigung der Vollstreckungsmaßnahmen zu erreichen, bedarf es nach dem Gesetz noch eines besonderen Vorgehens. Gemäß § 775 Ziff. 1 ZPO. muß der obsiegende Schuldner die vollstreckbare Entscheidung, aus der sich ergibt, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist, dem Gerichtsvollzieher vorlegen, und dieser hat alsdann die Zwangsvollstreckung einzustellen oder zu beschränken, gegebenenfalls sind auch nach § 776 ZPO. die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben. Die vollstreckbare Verurteilung ist danach erst das Mittel, um diese Wirkung zu erreichen; sie ergibt sich nicht schon aus dem Inhalt des Urteils, sodaß sie mit dessen Rechtskraft von selbst eintreten würde.

Im gewissen Sinne stehen der Theorie Kohlers die Auffassungen von Oetker, Schwartz und Pagenstecher, sowie auch die von Kisch nahe. Sie vertreten die Ansicht, daß nach dem Eintritt der die Einwendungen des § 767 ZPO. begründenden Tatsachen das Vollstreckungsrecht des Gläubigers eine ungerechtfertigte Bereicherung darstelle. Oetker [2]) nennt die Vollstreckungsgegen-

[1]) Oertmann, Vollstreckungsgegenklage. S. 224.

[2]) Oetker, Konkursrechtl. Grundbegriffe. S. 213 und 580; konkursrechtl. Fragen. S. 86.

klage eine condictio sine causa. Ohne rechtfertigenden Grund befindet sich ein Vollstreckungstitel tatsächlich im Vermögen des Beklagten. Der Kläger verlangt nun vom Richter Vernichtung des Titels in der Weise, daß er die Vollstreckung in rechtsnormierender Tätigkeit für unzulässig erkläre. Die Feststellungsklage verwirft er ausdrücklich als unzulänglich. In gleichem Sinne äußert sich Pagenstecher[1]). Für Schwartz[2]) ist die Vollstreckungsgegenklage eine condictio ob causam finitam, allerdings nur ihrer Grundlage nach[3]); erhoben wird sie in der Form der negativen Feststellungsklage. Er weicht aber auch noch insofern von den beiden erstgenannten und den übrigen hier behandelten Schriftstellern ab, als er die Abhängigkeit des Vollstreckungsanspruchs vom materiellen Recht vertritt[4]).

Die der Annahme einer condictio von manchen Gegnern entgegengesetzten Bedenken sind, wie Oertmann[5]) im einzelnen nachgewiesen hat, nicht durchschlagend. Das gilt sowohl von dem Einwand, daß es

---

[1]) Pagenstecher, S. 374 f.

[2]) Schwartz, S. 106 ff.

[3]) Mit dieser Auffassung der condictio berücksichtigt Schwartz offensichtlich nur die Fälle, in denen zunächst ein vollstreckbarer Titel mit causa bestand, aber durch nachträgliche Aenderung des privatrechtlichen Anspruchs causalos wurde. Diese Bezeichnung umfaßt also nicht die Fälle, in denen wie z. B. bei der vollstreckbaren Urkunde von Anfang an der in der Urkunde festgestellte Anspruch aus irgendeinem Grunde nicht entstanden ist und erscheint daher zu eng. Vgl. auch Oertmann, Vollstreckungsgegenkl. S. 229.

[4]) Daher seine Anführung oben S. 23.

[5]) Oertmann, a. a. O. S. 231; vgl. auch Pagenstecher S. 374 f.

an einer Bereicherung des Beklagten fehle, da in der bloßen Möglichkeit, zu einer Vermögensvermehrung zu kommen, eine solche nicht gefunden werden könne, als auch von dem, daß die anzunehmende Bereicherung nicht dem Vermögen des Klägers entstamme.

Gleichwohl kann die Vollstreckungsgegenklage nicht als eine condictio angesehen werden. Denn diese stellt eine Leistungsklage dar, welche auf Herausgabe bzw. Wertersatz des Empfangenen durch den Bereicherten gerichtet ist. Der Anspruch bei der Vollstreckungsgegenklage müßte bei den genannten Schriftstellern demgemäß auf Herausgabe des nicht mehr zu Recht bestehenden Titels oder Verzicht auf das Vollstreckungsrecht gehen. Dies würde, wie Oertmann zutreffend ausführt [1]), überhaupt nicht in allen Fällen begehrt werden können, da die Vollstreckungsgegenklage häufig nur — wie im Falle der Stundung — eine zeitlich beschränkt wirkende Einwendung zur Geltung bringen will.

Im übrigen ist hier das Gleiche zu sagen, was oben der Annahme einer Leistungsklage entgegengehalten ist. Es geht auch schwerlich an, die Beseitigung des rein öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsanspruchs, die als Ziel der Vollstreckungsgegenklage anzusehen ist, mit der condictio, einem rein zivilistischen Rechtsbehelf, der auf Aenderung der materiellen Rechtslage geht, erreichen zu wollen [2]).

Es mag schon jetzt gesagt sein, daß Oetker, wenn er auch selbst den Gläubiger als sine causa auf Kosten

[1]) Oertmann, a. a. O. S. 232.
[2]) Siehe auch Weißmann, II., S. 97.

des Schuldners bereichert bezeichnet, doch eigentlich zu den Anhängern der Lehre von der rechtsgestaltenden Natur der Vollstreckungsgegenklage zu zählen ist, wie später darzulegen sein wird.

Ueberhaupt erscheint die bei Oertmann erfolgte Aufstellung der besonderen Kondiktionstheorie neben der Theorie der Leistungsklage nicht als notwendig und zweckmäßig, denn die Klage aus § 767 müßte, wenn sie wirklich eine condictio wäre, der Theorie von der Leistungsklage zugezählt werden [1]).

Verwandtschaft mit der Kohlerschen Lehre findet sich in der Auffassung von David. Der Klaganspruch geht nach ihm „auf Aufhebung der dem materiellen Recht zuwider gegen ihn vorgenommenen Exekution und Wiederherstellung des vorigen Standes. Durch das auf die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urteil wird nicht der ganze Schuldtitel aufgehoben, sondern es wird lediglich entschieden, daß die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen zu Unrecht gegen den Schuldner ergangen seien und auf den Antrag des Schuldners, daß das bereits Geleistete wieder zurückgegeben werden müsse". Als weiteren Urteilsinhalt bezeichnet er die „Feststellung der Unrechtmäßigkeit" jeder – auch jeder späteren – Vollstreckung [2]). Hieraus ergibt sich, daß er die Klage nur nach begonnener Zwangsvollstreckung für zulässig erachtet. Vorher gibt er nur eine gewöhnliche Feststellungsklage, die sich ausschließlich nach den allgemeinen Voraussetzungen richtet. Oertmann führt David

[1]) Vgl. Koppel, S. 58 ff.
[2]) David, Z.Z.Pr. S. 432, 435.

als Vertreter der Theorie von der Feststellungsklage neben Langheineken und Falkmann auf. Aus den mehrfachen Bezugnahmen Davids auf Kohler[1] und der von ihm erst in zweiter Linie anerkannten sozusagen mittelbar wirksamen Feststellungen des Nichtbestehens des Vollstreckungsanspruchs (denn darauf gehen seine bezüglichen Ausführungen doch offenbar hinaus) erscheint die Anführung Davids im Anschluß an Kohlers Lehre nicht ungerechtfertigt.

Gegen seine Ansicht sprechen aber die gleichen Bedenken, wie sie oben der Feststellungs- und Leistungsklage entgegengehalten sind.

Hier mag noch der Standpunkt von Kleinfeller Erwähnung finden[2]). Er sieht die Vollstreckungsgegenklage als Leistungsklage, daneben aber auch noch als Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklage an. „Sie bezweckt weder lediglich eine Feststellung des durch die nachträglich eingetretenen Tatsachen veränderten Rechtsverhältnisses, noch macht sie ausschließlich einen Anspruch auf Unterlassung des Betriebes der Vollstreckung ganz oder zum Teil, sowie auf Duldung der Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmaßregeln (§ 770) geltend, sondern ist zugleich eine Leistungsklage und insoweit, als die Einwendung reicht, auch auf die Beseitigung der Vollstreckungsklausel gerichtet". Soweit Kleinfeller der Vollstreckungsgegenklage Feststellungs- und Leistungs-

---

[1]) Die Note 19 bei David, S. 432, rührt offenbar nur in ihrem eingeklammerten Teil von den Herausgebern her.

[2]) Kleinfeller im Lehrbuch. S. 662 f.

natur zuschreibt, ist gegen ihn dasselbe zu sagen wie gegen die soeben angeführten Schriftsteller. Das Neue an seiner Theorie ist die Erkenntnis der rechtsgestaltenden Eigenart des auf die Klage ergehenden Urteils. Die Gestaltungswirkung erschöpft sich bei ihm allerdings in der Beseitigung der Vollstreckungsklausel. Danach bleibt der Titel selbst, die Grundlage der Klausel, von Bestand. Es ist also dem Gläubiger nicht verwehrt, eine neue vollstreckbare Ausfertigung zu beantragen. Theoretisch ist es dabei, wenigstens wenn der Schuldner vorher nicht gehört wird (§ 733 Abs. 2 ZPO.), sehr wohl möglich, daß ihm dies gelingt. Somit bleibt auch hier die schon mehrfach erwähnte Tendenz des Gesetzes, dem Schuldner nachhaltige Hilfe zu bringen, ungenügend berücksichtigt, und es ist auch die Möglichkeit ausgeschlossen, vor Beginn der Zwangsvollstreckung mit der Klage aus § 767 ZPO. vorzugehen.

Nach Ablehnung der Theorien, welche die Vollstreckungsgegenklage als Feststellungs- oder Leistungsklage ansehen, ist als dritte Hauptrichtung noch die Ansicht der Schriftstellergruppe zu prüfen, welche die Vollstreckungsgegenklage als eine Gestaltungsklage auffassen und ihr Ziel auch hier unter Zugrundelegung der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruch in der Aufhebung bzw. Hemmung der Vollstreckbarkeit sehen.

Als Vorläufer dieser Lehre kann wohl Oetker genannt werden. Allerdings führt Oertmann ihn als eigentlichen Vertreter der „Kondiktionstheorie“ auf, gibt aber

auch zu [1]), daß er sich der Lehre von der Bewirkungsklage nähere. Die bereits oben (S. 33 f.) erwähnten Auslassungen Oetkers über die Vollstreckungsgegenklage bezeichnen als Inhalt des klägerischen Begehrens: Vernichtung des Titels in der Weise, daß der Richter die Vollstreckung in rechtsnormierender Tätigkeit für unzulässig erkläre. Um diese Konstruktion Oetkers zu verstehen, muß auf seine Auffassung über die Einteilung der Klagearten eingegangen werden. Er kennt deren zwei: nämlich einerseits die Leistungs- und Feststellungsklage, andrerseits die „Klagen, die lediglich auf Tatbestandsnormierung abzielen, weil bereits diese das Rechtsschutzinteresse befriedigt“ [2]). „Der Kläger begehrt Repression einer Normwidrigkeit durch Aenderung nicht des tatsächlichen, sondern des rechtlichen Zustandes. Leistung des Beklagten ist hier nicht möglich. Die Richterhandlung soll eine rechtliche Situation beseitigen, begründen oder wandeln. Die Anwendung der Rechtsnorm auf den normierungsbedürftigen Tatbestand, die Tatbestandsnormierung involviert hier zugleich eine Aenderung der Rechtslage“ [2]). Damit zeichnet Oetker ein Bild der später in der Wissenschaft als Gestaltungsklage bezeichneten Klageart. Aus dem angeführten „eigentümlich modifizierten“ Klagantrag, der auf eine Feststellungsklage schließen lasse, dürfe man, wie Oetker ferner erklärt [3]), keinen Gegengrund gegen die von ihm verworfene Auffassung als Feststellungsklage entnehmen.

---

[1]) Oertmann, Vollstreckungsgegenklage. S. 227 f.
[2]) Oetker, Konkursrechtl. Grundbegr. S. 579.
[3]) Oetker, Konkursrechtl. Fragen. S. 86 Anm. 1.

Der Oetkerschen Ansicht tritt Pagenstecher [1]), wie bereits erwähnt, vollinhaltlich bei [2]).

Das der Vollstreckungsgegenklage stattgebende Urteil wird von Kisch, welcher dem Standpunkte Oetkers nahesteht, zu den konstitutiven Urteilen mit prozessualem Gegenstande gezählt, das „einem Prozeßakt eine bestimmte prozessuale Wirkung entzieht". Unter Anlehnung der Feststellungsklage kommt Kisch also hiernach zu einem reinen Gestaltungsurteil, das als „besonderer Aufhebungsakt" die Vollstreckbarkeit beseitigt [3]).

Als Hauptvertreter der Theorie von der Rechtsgestaltungsklage sind Hellwig, Stein und Oertmann zu nennen [4]). Gleicher Ansicht sind ferner Petersen-Anger, Struckmann-Koch, Förster-Kann, Sohm, Müller, v. Tuhr und Weismann [4]), sowie schließlich das Reichsgericht [5]).

Als Unterart der Klagen auf gerichtliche Rechtsänderung (Gestaltungsklagen) zählt Hellwig die Voll-

---

[1]) Pagenstecher, S. 374.

[2]) Hier sei bemerkt, daß auch Stein, Komm. § 767 N. 8, Pagenstecher, wenn auch mit theoretischen Abweichungen als Vertreter der Theorie von der Rechtsgestaltungsklage nennt.

[3]) Kisch, S. 165 ff, 154 ff.

[4]) Hellwig, System, § 287, Anspruch und Klagrecht, S. 491 ff.; Stein, Voraussetzungen, S. 142 ff.; Grundriß, § 162, II., 3. Komm. zu § 767; Oertmann, Vollstr.-Gegenklage häufig, besonders S. 234 ff.; Petersen-Anger, Struckmann-Koch, Förster-Kann zu § 767; Sohm, S. 46 f.; Müller, S. 12 ff., bes. S. 16; v. Tuhr, S. 177; Weismann, II., S. 96 f.

[5]) R.G.Z. 75, 201 nach Aufgabe seiner früheren Auffassung (Feststellungsklage); R.G.Z. 100, 100.

streckungsgegenklage zu seinen „Widerspruchs-(Rechtsmittel-)Klagen", mit denen ein Urteil erstrebt wird, „das die Aenderung eines prozessualen Rechts aussprechen und vollziehen und den Titel abgeben soll, kraft dessen verlangt werden kann, daß ungerechtfertigte Maßnahmen, die auf Grund jener Rechtslage erfolgt sind, rückgängig gemacht werden"[1]. „. . . . Die Aufhebung oder Abänderung ist zweifellos eine Rechtsgestaltung. Die Klagen dieser Art können also weder Klagen auf Feststellung noch auf Verurteilung sein"[1]). Für die Rechtslage bei der Vollstreckungsgegenklage ergibt sich daraus folgendes: Ist das nach dem Vollstreckungstitel zu verwirklichende Privatrecht weggefallen oder sonstwie eingeschränkt, so besteht der Titel und mit ihm seine Vollstreckbarkeit noch weiter. Die dadurch entstandene prozeßrechtliche Lage bedarf der Aenderung. Sie wird damit erreicht, daß mittels der Vollstreckungsgegenklage „die Vollstreckung für unzulässig erklärt" wird. Außerdem gibt das ergehende Urteil den Titel dafür ab, die Aufhebung etwa ergriffener Maßnahmen auf dem in § 775 f bezeichneten Wege zu verlangen[2]).

Zweifel an Hellwigs Auffassung von der Vollstreckungsgegenklage als prozessualer Gestaltungsklage können daraus entstehen, daß er[3]) das Verfahren bei der Vollstreckungsgegenklage als Fortsetzung oder Wiederaufnahme der Prüfung der Voraussetzungen bezeichnet, von denen die Rechtmäßigkeit der ergangenen

[1]) Hellwig, System I., S. 277; ähnlich äußert sich auch Sohm, S. 46 (Widerspruchsrecht).

[2]) Hellwig, System I. S. 277.

[3]) Hellwig, Anspruch u. Klagrecht. S. 488.

Entscheidungen oder des sonstigen prozessualen Rechtsaktes abhängt. Dies bezieht sich aber nur auf die „Rechtmäßigkeit der fortdauernden Geltung", wie er erläuternd hinzufügt (Anm. 14). Die Rechtmäßigkeit der früheren Entscheidung erkennt er damit also an.

Zur Verteidigung seiner Formulierung des Urteilstenors („wird für unzulässig erklärt") verweist Hellwig[1]) darauf, daß diese auch bei der Volljährigkeits-, Ehelichkeits-, Kraftlos-, Vollstreckbarkeitserklärung zu finden sei, und man deshalb aus diesem Umstande nicht den Schluß ziehen dürfe, daß es sich bei dem Urteile auf eine Klage aus § 767 um ein solches deklarativer Natur handele.

Daß durch die Vollstreckungsgegenklage das frühere Urteil nicht betroffen, sondern nur „seiner Vollstreckungskraft entkleidet" wird, hebt Hellwig an mehreren Stellen hervor[2]). Es erscheint daher zutreffend, wenn Oertmann der Bezeichnung der Vollstreckungsgegenklage durch Hellwig als einer „Klage zum Zwecke der Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung"[3]) keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen, sie vielmehr nur als „wenig glückliche Formulierung" ansehen will[4]). Eine Aufhebung des früheren Urteils selbst kommt also nach Ansicht Hellwigs und darin stimmen die anderen hier genannten Schriftsteller mit ihm überein - nicht in Frage. Dem ist durchaus beizupflichten, denn das

[1]) Hellwig, a. a. O., S. 278 Anm. 4, S. 41.

[2]) Hellwig, Klagrecht und Klagmögl., S. 19; System, S. 278; Anspruch und Klagr., S. 166 f., 492.

[3]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 491.

[4]) Oertmann, Vollstr.-Gegenkl., S. 235.

letzte Urteil ist für den Zeitpunkt seiner Fällung vollkommen richtig, insofern als es die später entstandenen, den Anspruch vernichtenden oder hemmenden Tatsachen, die mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen sind, gar nicht berücksichtigen konnte. In dieser Gestalt ist das erste Urteil rechtskräftig geworden und kann nicht mehr abgeändert werden. Lediglich die Vollstreckungskraft, und das ist nur eine seiner Hauptwirkungen, wird dem Urteil genommen, die übrigen Folgen (Nebenwirkungen) des Urteils, wie z. B. die Kostenentscheidung, bleiben von Bestand [1]). Am kürzesten drückt dies Oertmann aus, wenn er sagt, die Nichtexistenz oder Nichtverfolgbarkeit des materiellen Anspruchs bilde den Grund der Klage, nicht erst das mit ihr herbeizuführende Ziel [2]). Mit Recht erwähnt er [2]) auch als weiteren gegen die Aufhebung des ersten Urteils selbst sprechenden Gesichtspunkt den, daß, wenn nur eine aufschiebende Einrede mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht wird, die Aufhebung des Urteils über das Ziel hinausgehen würde.

Stein bezeichnet die Vollstreckungsgegenklage als eine „prozeßrechtliche Klage auf rechtsgestaltendes Urteil, auf Vernichtung der Vollstreckbarkeit nach Wegfall ihrer Voraussetzung [3]) oder das Urteil als „ein rechtsgestaltendes, dessen unmittelbarer Gegenstand die Zu-

---

[1]) Vgl. Stein, Voraussetzungen, S. 142; Grundriß § 162 II, 3; auch R.G.Z. 75, 201.

[2]) Oertmann, Vollstr.-Gegenkl., S. 236.

[3]) Stein, Komm. § 767 Anm. I., 1; Voraussetzungen, S. 143 ff.

lässigkeit der Zwangsvollstreckung für die Zukunft, nicht der materielle Anspruch selbst ist[1]). Dem Sinn nach äußert sich Oertmann ebenso[2]).

Eine Sonderstellung unter den oben Genannten nimmt Weismann ein, der die Vollstreckungsgegenklage als eine Klage eigener Art bezeichnet, als einen „eigentümlichen auf Abwehr der Zwangsvollstreckung gerichteten Prozeßbehelf, dem die Form der Klage gegeben ist, weil darüber im Wege eines ordentlichen Prozesses durch Urteil entschieden werden soll“[3]). Sie hat nach ihm wohl äußere Aehnlichkeit mit einer negativen Feststellungsklage, ist jedoch keine solche im Sinne des § 256 ZPO. Denn das Interesse des Schuldners geht auf etwas anderes als die durch Feststellung zu erzielende Rechtsgewißheit, nämlich auf die Abwendung der Zwangsvollstreckung. Einer „Verurteilung“ bedurfte es zur Erreichung dieses Zieles aber nicht, weil die Zwangsvollstreckung durch ein staatliches Organ erfolgt, das von selbst sein Verhalten nach der Urteilsfeststellung, daß die Vollstreckung unzulässig sei, einrichte. Weisman wendet sich allerdings auch gegen die von Hellwig[4]) gebrauchte Wendung, die Klage bezwecke die Aufhebung, „Reszission“ des Vollstreckungstitels, und betont, daß die Vollstreckungsgegenklage das erste Urteil hinsichtlich der Rechtskraft und der Nebenwirkungen nicht berühre. Diese Auffassung wird aber, wie oben

---

[1]) Stein, Grundriß § 162, II, 3 (S. 407).

[2]) Oertmann, a. a. O., S. 234 ff., ferner Rsp. O.L.G. 18, 402; 23, 150.

[3]) Weismann, Lehrbuch II, S. 97.

[4]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 492.

dargelegt, von Hellwig und seinen Anhängern selbst nicht in diesem Sinne vertreten (vgl. S. 41 f.). Schließlich gibt Weismann auch zu, daß „der Titel seiner Vollstreckbarkeit entkleidet oder daß die formale Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers aufgehoben sei, insofern die Zwangsvollstreckung durch das Urteil, daß sie unzulässig sei, ausgeschlossen wird." Damit rechtfertigt es sich, Weismann der Sache nach zu den Vertretern der Gestaltungsklage zu rechnen.

Es sei noch kurz der Auffassung Erwähnung getan, die Geib von der Natur der Vollstreckungsgegenklage hat[1]). Nach ihm handelt es sich um eine negative Feststellungsklage, die darauf gerichtet ist, „daß der Vollstreckungsgläubiger wegen mangelnden materiellen Anspruchs die Befugnis zur Betätigung der seinem angeblichen Anspruch immanenten Erzwingbarkeit gegen den Vollstreckungsschuldner nicht habe, daß er also nicht in Form des Vollstreckungsbegehrens einen Zwang gegen den Vollstreckungsschuldner ausüben dürfe". Im wesentlichen berücksichtigt Geib danach die materiellrechtliche Seite seiner „doppelten Aktion". Er läßt die Klage zwar — im Unterschied von Schmidts Theorie — nicht direkt gegen den materiellen Anspruch, sondern nur gegen eine Auswirkung desselben gerichtet sein. Da aber diese Befugnis des Gläubigers nach Geib dem zivilrechtlichen Anspruch immanent ist, zählt Oertmann[2]) ihn zu den Vertretern der materiellrechtlichen Richtung der Feststellungsklage.

---

[1]) Geib, S. 119 ff., bes. S. 125.
[2]) Oertmann, a. a. O., S. 206.

Bei der Verwandtschaft mit der Schmidtschen Ansicht ergeben sich gegen Geib ähnliche Bedenken wie gegen jene. Außerdem ist aus Geibs eigener Auffassung, die neben der privatrechtlichen Befugnis noch die publizistische, vom materiellen Anspruch unabhängige Aktion annimmt, zu entnehmen, daß eine Feststellung des Nichtbestehens der gegen den Schuldner gerichteten Befugnis nicht ausreichen kann, dem Gläubiger sein Vollstreckungsrecht gegen den Staat zu nehmen. Das Urteil würde durch seine Feststellung, der Gläubiger dürfe die „Befugnis" nicht mehr betätigen, jedenfalls die Grundlage für eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Schuldner abgeben [1]). Es liegt aber ferner, wie Oertmann [2]) feststellt, hierin eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Interessen des Vollstreckungsgläubigers, denn nach den eigenen Worten Geibs besteht „die objektive Vollstreckungsgefahr . . . regelmäßig . . . solange ein Vollstreckungstitel vorhanden ist, selbst wenn der Vollstreckungsgläubiger davon keinen Gebrauch machen will" [3]). Es bleibt aber auch das schuldnerische Feststellungsinteresse von Bestand und damit die Möglichkeit für den Schuldner, den Gläubiger mit immer neuen Vollstreckungsgegenklagen zu beunruhigen.

III. Eigene Ansicht.

Von den erörterten Ansichten verdient die Lehre von der Natur der Vollstreckungsgegenklage als prozessuale Gestaltungsklage ausschließlich Beifall.

---

[1]) Oertmann, Vollstreckungsgegenkl., S. 216.
[2]) Oertmann, a. a. O., S. 216 ff.
[3]) Geib, S. 130.

Das Gesetz hat formell selbständige Bedingungen für das Bestehen des Vollstreckungsanspruchs aufgestellt und diesen letzteren vom Zivilanspruch nicht abhängig gemacht. Danach müßte auch bei gänzlichem Wegfall des Privatanspruchs das Vollstreckungsrecht von Bestand bleiben, bis es durch Beendigung der Zwangsvollstreckung getilgt ist. Andererseits dient aber die Zwangsvollstreckung der Verwirklichung des Privatanspruchs, und es würde somit dem Zweck der Vollstreckung widerstreiten, wenn das Vollstreckungsrecht ohne einen bestimmten noch zu Recht bestehenden Anspruch weiterbestände. Der Titel als das noch ungeschwächt fortbestehende rechtmäßige Mittel zur Zwangsvollstreckung könnte noch dazu gebraucht werden, den nicht mehr vorhandenen Zweck zu erreichen. Um diesen „Zwiespalt zwischen Rechtsform und Rechtszweck“ [1]) zu beseitigen, hat das Gesetz den § 767 geschaffen. Da also der Rechtszweck des Vollstreckungsanspruchs nicht mehr vorhanden ist, vernotwendigt sich die Vornahme eines prozessualen Aktes, welcher dem Vollstreckungsanspruch seine ausschließlich prozessualen Grundlagen entzieht. Der Richterspruch kann nur eine Gestaltung der prozessualen Rechtslage darstellen. Der Fortfall des Privatrechts schafft lediglich die Möglichkeit, die noch bestehende Vollstreckbarkeit zu beseitigen, und zwar auf dem Wege der Vollstreckungsgegenklage, die in ein rechtsänderndes prozessuales Gestaltungsurteil ausläuft.

Hinsichtlich der bereits getroffenen Vollstreckungsmaßnahmen ordnet § 776 an, daß sie bei Vorlegung

[1]) Oertmann, Vollstreckungsgegenkl., S. 237.

der Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung, aus der sich ergibt, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt ist, aufzuheben seien. Daß das auf die Vollstreckungsgegenklage ergehende Urteil ein solches ist, kann nicht zweifelhaft sein. Wenn das Gestaltungsurteil auch nicht vollstreckbar im Sinne von vollstreckungsfähig, zur Vollstreckung geeignet ist, so ist es doch wenigstens in dem Sinne vollstreckbar, daß es der Rechtskraft fähig ist, und das genügt. Erforderlich ist nach der Gesetzesvorschrift zur Aufhebung der Maßnahme ein besonderer Akt. Daraus ergibt sich, daß mit dem Urteil selbst diese Wirkung nicht verbunden sein sollte, daß es also keine rückwirkende Kraft hat [1]). Oertmann hebt treffend zur Begründung dieses auch von ihm eingenommenen Standpunktes hervor, daß bei Annahme der Rückwirkung auch die bisherige Wirksamkeit der Vollstreckungshandlungen in Frage gestellt werden könnte, und dies „eine rechtspolitisch recht unerfreuliche Eventualität sein würde" [2]). Für die Zeit der Dauer des Verfahrens bis zum Urteilserlaß ist das Prozeßgericht auf Antrag gemäß § 769 in der Lage, vorläufige Maßnahmen hinsichtlich der Vollstreckung zu erlassen und dadurch gegebenenfalls auch schon für diese Zeit den Fortgang der Vollstreckung zu hindern.

[1]) Ebenso Stein, Komm. § 767 Anm. I, 1, im Gegensatz zu seinem früheren Standpunkt; Oertmann, S. 238; Hellwig, System II, S. 199; da Hellwig verlangt, daß nach Erlaß des Urteils, welches die Aenderung der prozessualen Rechtslage ausspreche und vollziehe, auch noch der Gerichtsvollzieher auf Grund desselben zur Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen tätig werde, ist auch er in diesem Sinne zu verstehen; vgl. Anspr. u. Klagr., S. 496.

[2]) Oertmann, a. a. O., S. 239.

§ 3.

Die Einwendungen des § 767 ZPO.

Die Einwendungen, welche nach § 767 geltend gemacht werden, müssen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, also ihren Ursprung im materiellen Recht haben. Ausgeschlossen sind demnach prozessuale Einwendungen gegen die Zwangsvollstrekkung, von deren Geltendmachung in der Einleitung gehandelt worden ist. Einwendungen gegen den Anspruch sind dann gegeben, wenn Tatsachen behauptet werden, aus denen hervorgeht, daß der dem Vollstreckungsrecht zugrunde liegende Urteilsanspruch in irgendeiner seinen bisherigen Bestand verändernden Weise berührt ist, sei es, daß er ganz oder teilweise getilgt oder dauernd oder zeitweilig gehemmt ist. Hat beispielsweise der Schuldner nach seiner Verurteilung die zu erbringende Leistung an den Gläubiger bewirkt oder durch Aufrechnung getilgt, ist sie ihm wirksam erlassen oder nachträglich unmöglich geworden, oder ist eine auflösende Bedingung eingetreten — wenn nämlich der Anspruch, wegen dessen die Verurteilung erfolgt ist, auflösend bedingt war — so sind das rechtsvernichtende Tatsachen, welche den Untergang des Anspruchs bewirkt haben und als Einwendungen mit der Vollstrekkungsgegenklage zur Geltung zu bringen sind. Ebenso sind u. a. die Verjährung des rechtskräftigen Urteils (§ 218 BGB.), die Stundung, das Zurückbehaltungsrecht in diesem Verfahren geltend zu machende Einwendungen; sie begründen zwar keine Aufhebung des im Urteil festgesetzten Anspruchs, wohl aber lassen sie den Voll-

streckungsbetrieb des Gläubigers dauernd oder wenigstens zeitweilig als unzulässig erscheinen. Besonders gehören hierher auch diejenigen Einwendungen, welche die Legitimation des Gläubigers und des Schuldners betreffen; sei es, daß der Gläubiger den Anspruch abgetreten [1]), oder daß der vorläufige Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat, sei es, daß ein Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter eingesetzt ist, oder daß der Gläubiger durch Pfändung des Anspruchs die Verfügungsbefugnis [2]) verloren hat; sei es, daß der Schuldner nicht mehr verpflichtet ist, da die Schuld von einem anderen übernommen oder der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist [3]). Ferner fallen unter die Einwendungen des § 767 auch solche, die nur eine Beschränkung der Haftung herbeiführen sollen, wie die Einrede des Notbedarfs in ihren mannigfachen Erscheinungsformen, besonders im Familienrecht, sowie kraft ausdrücklicher Vorschrift (§ 785 ZPO.) die Einrede der beschränkten Haftung des Erben und der im allgemeinen analog zu behandelnden einzeln aufgezählten anderen Fälle des bürgerlichen Rechts (§ 786 ZPO.) [4]).

Im Folgenden sei zu einer der wichtigeren Einwendungen Stellung genommen, bei denen es besonders umstritten ist, ob sie zu denen des § 767 ZPO. zu zählen sind oder nicht.

---

[1]) § 265 ZPO. gilt für die Vollstreckungsinstanz nicht; R.G.Z. 65, 128.

[2]) J. W. 97, 169; Rsp. O.L.G. 39, 72.

[3]) Gruchot, 42, 701 f.

[4]) Vgl. im einzelnen über weitere Einwendungen die Erläuterungsbücher zu § 767. Falkmann, S. 388 ff., Hein, Handb., S. 107 f.

Es ist davon auszugehen, daß zu den Einwendungen, welche unter § 767 fallen, nur solche gehören, die den Anspruch selbst betreffen. Damit scheiden solche Einwendungen aus, welche sich gegen den Titel selbst richten, d. h. z. B. sich auf Mängel des dem Urteil vorausgegangenen Verfahrens [1]) oder Unklarheiten des Urteilstenors oder sonstigen Titels stützen. Ergibt in diesem letzteren Falle die dem Vollstreckungsorgan obliegende Auslegung des Titels keine genügende Klarheit über den zu vollstreckenden Anspruch, so darf eine Vollstreckung überhaupt nicht stattfinden. Will der Schuldner dagegen vorgehen, so muß er die Klärung des ihn bedrohenden Titels herbeiführen; es steht ihm dazu, wie übrigens auch dem Gläubiger, die gewöhnliche Feststellungsklage zur Verfügung; sie geht dann auf Feststellung des Urteilsinhalts. Gegen bereits auf Grund unrichtiger Titelauslegung vorgenommene Vollstreckungshandlungen würde dem Schuldner die Erinnerung aus § 766 ZPO. zustehen. Der Vollstreckungsgegenklage kann sich der Schuldner aber nicht bedienen, da deren Voraussetzungen nicht vorliegen [2]). § 767 spricht nämlich nicht von einem Anspruch, den der Gläubiger geltend macht, sondern von einem Anspruch, den das Urteil feststellt. Hier ist es

[1]) R.G.Z. 54, 304 f. Hier wird in der Regel ein Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 579 f. ZPO. möglich sein; a. A. Kohler, Arch. f. ziv. Pr. 80, 190 f.

[2]) Vgl. auch Gaupp-Stein, Vorbem. II, 3 vor § 704; Stein, Voraussetzungen, S. 428; Sydow-Busch, zu § 767 Anm. 1; Hein, Handb., S. 112; Goertz in Z.Z.Pr. 44, 114 f.; Hellwig, System II, S. 197; R.G.Z. 37, 406 u. 82, 161; a. A. v. Wilmowski-Levy, Struckmann-Koch zu § 767; Müller, S. 32, 39; Gruchot 44, 1193; David, Z.Z.Pr. 20, 433.

aber überhaupt zweifelhaft, welchen Anspruch das Urteil feststellt. Der Schuldner stützt sich auch nicht auf nachträglich entstandene Tatsachen, die den Anspruch verändern, wie es die Vollstreckungsgegenklage verlangt [1]). Der Anspruch bleibt ja derselbe, nur seine Tragweite wird verschieden beurteilt. Die Auslegung durch den Gerichtsvollzieher oder Gläubiger ist auch keine neue Tatsache. Regelmäßig wird in diesen Fällen aber der Gläubiger das regste Interesse am Fortgang der pflichtgemäß vom Gerichtsvollzieher nicht vorgenommenen Zwangsvollstreckung haben und darum seinerseits die entgegenstehenden Hindernisse beseitigen wollen. Er muß dann entweder eine neue Klage auf bestimmte Verurteilung erheben oder in einem neuen Rechtsstreit den bestehenden Zweifel durch Erwirkung eines den fraglichen Punkt ergänzenden Urteils zu klären suchen.

§ 4.

Die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Einwendung.

Das Gesetz knüpft die Geltendmachung der nach § 767 zu erhebenden Einwendungen an verschiedene Voraussetzungen. Zunächst darf es sich nicht um solche Einwendungen handeln, deren Gründe d. h. die zu Einwendungen berechtigenden Tatsachen schon vor Schluß derjenigen mündlichen Verhandlungen entstanden sind, auf welche das Urteil ergangen ist. Diese Vorschrift ist ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes von der Rechtskraft. Nach der herrschenden Meinung bewirkt die rechtskräftige Entscheidung die endgültige Feststellung

[1]) R.G.Z. 82, 161.

des streitigen Rechts auf der Grundlage der vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel. Die urteilsmäßige Feststellung bezieht sich auf den Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung, in welcher ein tatsächliches mündliches Vorbringen zulässig war, nicht etwa auf den des Eintritts der Rechtskraft [1]). Denn nur die bis zur letzten mündlichen Verhandlung vorgebrachten Tatsachen dürfen vom Richter berücksichtigt werden [2]). Bis zum Schlusse dieser Verhandlung haben die Parteien, zum mindesten der Beklagte, — denn für den Kläger kommen noch die beschränkenden Vorschriften betr. Klagänderung hinzu — auch nach der neuen Fassung der §§ 278, 529 ZPO. grundsätzlich die Möglichkeit neue Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen. Das auf den Anspruch bezügliche Tatsachenmaterial, das bis zu diesem Zeitpunkt schon vorhanden war, wird, auch wenn es nicht vorgebracht ist, von der Rechtskraft ergriffen. Es muß demnach der Beklagte im ersten Prozeß alle Einreden gegen den Anspruch vorbringen und kann eine damals nicht eingewendete Tatsache zur Grundlage für eine neue Klage etwa auf Rückforderung oder Entschädigung nicht benutzen [3]). Hierauf beruht auch die Vorschrift des § 767 Abs. 2. Einwendungen, welche durch die Rechtskraft des Urteils ausgeschlossen sind, dürfen nicht vorgebracht werden;

[1]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 497; vgl. auch Geib, S. 128 f.; Gaupp-Stein, Komm. Bem. VIII zu § 322; Kuttner, S. 225 ff.

[2]) Die neue Bestimmung des § 272 a ZPO. ist hierbei als Ausnahme nicht berücksichtigt.

[3]) Schmidt, S. 756; die vom Gesetz gewährten Hilfsmittel (Restitutions- und Nichtigkeitsklage) sind Ausnahmefälle.

es darf sich nur um solche Tatsachen handeln, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind.

Im Verfahren des ersten Rechtszuges ist der Schluß der Verhandlungen dieser Instanz und im Falle ordnungsmäßig eingelegter Berufung die letzte Tatsachenverhandlung der Berufungsinstanz maßgebend. Die Revisionsinstanz kommt gar nicht mehr in Frage, da in ihr Tatsachen überhaupt nicht mehr vorgebracht werden können. Daher können die in der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machenden Einwendungen schon während des Revisionsverfahrens entstanden sein.

Ob ein bedingtes oder unbedingtes Urteil ergeht, ist gleichgültig [1]).

Zweifelhaft kann die Entscheidung der Frage bei den Vorbehaltsurteilen sein, denen regelmäßig ein Nachverfahren folgt. Bei dem Urkunden- und Wechselprozeß ist die Tatsachenverhandlung nicht schon mit dem Vorverfahren abgeschlossen, sondern der Rechtsstreit bleibt gemäß § 600 im ordentlichen Verfahren anhängig. Damit ist es dem Schuldner unbenommen, noch in diesem Nachverfahren seine Einwendungen gegen den Anspruch zu erheben. Die Vollstreckungsgegenklage ist ihm daher verschlossen [2]).

Nicht ebenso liegt der Fall bei dem anderen nach der Neufassung der Zivilprozeßordnung noch zulässigen Vorbehaltsurteil aus § 302. Hier können in dem Nach-

---

[1]) R.G.Z. 42, 372; 100, 100.

[2]) So die herrschende Meinung: vgl. u. a. Gaupp-Stein, Bem. II, 2 zu § 767; Neukamp, S. 734; Fitting, § 97 Anm. 8; Rsp. O.L.G. 42, 34; 37, 165; Seuff. Arch. 68, 248.

verfahren nur die im ersten Urteil ausdrücklich vorbehaltenen Einwendungen vorgebracht werden, denn nur zur Verhandlung und Entscheidung über diese ist überhaupt das Nachverfahren vorgesehen [1]). Andere Einwendungen müssen daher in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Vorbehaltsurteil geltend gemacht werden; für später entstandene bleibt die Vollstreckungsgegenklage verfügbar.

Wenn ein Zwischenurteil gemäß § 304 über den Grund ergangen ist, so wäre an sich damit die Verhandlung über Einwendungen wegen des Grundes nicht mehr zulässig, sondern nur noch wegen des Betrages. Einwendungen gegen den Grund müßten im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Das ist hier aber deswegen nicht möglich, weil ein „festgestellter" Anspruch, wie ihn § 767 verlangt, noch gar nicht vorhanden ist, bevor über den Betrag entschieden ist. In dem Verfahren über den Betrag besteht noch immer die Möglichkeit, daß ein solcher überhaupt nicht ermittelt werden kann und dann die Klage abgewiesen werden muß [2]).

Zweifelhaft ist auch die Frage, ob der Schuldner die Einwendung der Aufrechnung erheben kann, wenn es sich um eine Forderung handelt, mit der er schon im ersten Prozeß aufrechnen konnte. Diese Frage muß mit Stein und der wohl überwiegenden Zahl der anderen

---

[1]) So auch die h.M.

[2]) So mit Recht Falkmann, S. 392; Gaupp-Stein II, 2 zu § 767; a. A. R.G. in J. W. 13, 137; Hein, S. 109; Förster-Kann, Bem. 2c u. d zu § 767.

Schriftsteller [1]) dahin entschieden werden, daß die Vollstreckungsgegenklage dem Schuldner in solchem Falle nicht mehr zusteht. Denn der Grund, auf dem der Aufrechnungseinwand beruht, ist im Sinne des § 767 nicht erst mit der Aufrechnungserklärung, wie die Gegner behaupten [2]), sondern schon mit der Aufrechnungsmöglichkeit entstanden. Schon von diesem Zeitpunkt an stand es dem Schuldner frei, von dem Einwand der Aufrechnung Gebrauch zu machen. Zwar findet gemäß § 388 BGB. die Tilgung erst mit der Erklärung statt, daß aufgerechnet werde, und der bloße Zustand der Aufrechenbarkeit hat noch keine Tilgungskraft. Aber der Schuldner muß sich doch entgegenhalten lassen, daß mit der Möglichkeit, den Klageanspruch durch Aufrechnung aus der Welt zu schaffen, der Einwand der Aufrechnung bereits vorhanden war [3]).

Eine weitere Beschränkung der Zulässigkeit von Einwendungen liegt darin, daß die Gründe derselben „durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können". Solange demnach die Einspruchsfrist noch nicht verstrichen ist, können selbst die nach dem Schlusse der letzten Tatsachenverhandlung entstandenen Einwendungen nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden. Solange für den Schuldner

[1]) Gaupp-Stein, II, 2 zu § 767 ebenso Seuffert; Hellwig, System II, 5c a; Falkmann, S. 293; hier auch weiteres Schrifttum; Förster-Kann, 3c zu § 767; die Rechtsprechung vgl. bei Sydow-Busch, Anm. 7a zu § 767.

[2]) Struckmann-Koch, 4 zu § 767; Weismann, II, S. 97 ff.; weitere Anhänger bei Falkmann, S. 293, Anm. 28.

[3]) J. W. 02, 531; 17, 45; Hein, S. 109.

noch die Möglichkeit besteht, durch Einspruch eine Entscheidung herbeizuführen, ist ihm die Vollstreckungsgegenklage versagt, und eine während der Einspruchsfrist erhobene Klage ist unzulässig und daher abzuweisen. Sehr bestritten aber ist es, ob die Vollstreckungsgegenklage dann noch zulässig ist, wenn der Schuldner die Einspruchsfrist hat verstreichen lassen ohne die vor ihrem Ablauf entstandenen Einwendungen zu erheben.

Die eine Ansicht — und ihr folgt die Mehrzahl der Schriftsteller — geht dahin, daß der Schuldner die Einspruchsfrist unbenutzt verstreichen lassen und noch nachher die Vollstreckungsgegenklage erheben kann. Die Möglichkeit vorheriger Geltendmachung der Einwendung mittels Einspruchs steht der Klage aus § 767 nicht entgegen; nur der Lauf, nicht der Ablauf der Einspruchsfrist hindern die Vollstreckungsgegenklage [1]).

Demgegenüber hat das Reichsgericht den Standpunkt eingenommen, daß der Schuldner den Einspruch einlegen muß, wenn er nicht mit seinen Einwendungen ausgeschlossen werden will [2].)

Die erstere Ansicht verlangt, daß die Gründe, auf welchen die Einwendungen beruhen, nicht schon zur Zeit ihrer Entstehung, sondern nur zur Zeit der Erhebung der Vollstreckungsgegenklage durch Einspruch

[1]) Gaupp-Stein, II, 3 und Seuffert, 4a zu § 767; Struckmann-Koch, Bem. 4 zu § 767; Reincke, II, 2; v. Wilmowski-Levy, Bem. 8 zu § 767; Petersen-Anger, zu § 767, Bem. 7; Hellwig, System II, S. 197; Kammerger in J. W. 21, 755; Leo, J. W. 22, 476.

[2]) R.G.Z. 40, 352; 55, 187; ebenso Hein, Handb., S. 114f.; Falkmann, S. 398; Fitting, Bem. 8 zu § 97; Neukamp, S. 735; Schultz, in J. W. 21, 755, Bem. 5; Weismann, I, S. 100; Seuff. Arch. 61, 40 ff.

nicht mehr geltend gemacht werden können. Nach Gaupp-Stein[1]) ist der maßgebende Zeitpunkt für die Unzulässigkeit des Einspruchs der Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das über die Vollstreckungsgegenklage zu erlassende Urteil ergeht; Seuffert will als entscheidenden Zeitpunkt den Erlaß des Urteils über die Vollstreckungsgegenklage ansehen. Diese Ansicht stützt sich besonders auf den Wortlaut des § 767 Abs. 2, indem sie betont, daß dort die Gegenwartsform „können" und nicht die Vergangenheitsform „könnten" gebraucht ist, und weist auf die erheblichen praktischen Bedenken hin, welche der gegenteiligen Ansicht entgegenstehen können. So würde, was u. a. Seuffert und Leo erwähnen, der Schuldner, der noch vor Ablauf der Einspruchsfrist geleistet hat, zur Einlegung des Einspruchs gezwungen sein, um sich gegen die Vollstreckung zu sichern, und er müßte dadurch unnötige Kosten auf sich nehmen. Ferner meint Stein[2]), es würde eine zwecklose Härte gegen den Schuldner bedeuten, der den Einspruch versäumt hat, wenn man ihn mit dem gänzlichen Verlust der Einreden bestrafen wollte, während der im kontradiktorischen Verfahren Unterlegene auch die vor Ablauf der Berufungsfrist bekannt gewordenen Einreden noch nach der Rechtskraft des Urteils geltend machen könne.

Demgegenüber erklärt das Reichsgericht und die übrigen Vertreter seiner Ansicht[3]) die Vollstreckungsgegenklage nur dann für begründet, wenn die Gründe,

[1]) Gaupp-Stein, II, 2 zu § 767.
[2]) Stein, Voraussetzungen, S. 146 f.
[3]) Vgl. Note 2, S. 57.

auf denen die Einwendungen beruhen, schon zur Zeit ihrer Entstehung durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden konnten, d. h. also erst nach Ablauf der Einspruchsfrist entstanden sind. Nach dieser Auffassung verkennen Stein und seine Anhänger die Bedeutung des § 767 Abs. 2. Denn sie schreiben ihm nur eine aufschiebende Wirkung zu und geben dem Schuldner praktisch ein Wahlrecht zwischen Einspruchseinlegung und Erhebung der Vollstreckungsgegenklage. Der Schuldner wäre nämlich in der Lage, den Ablauf der Einspruchsfrist abzuwarten oder den eingelegten Einspruch rechtswirksam zurückzunehmen und dann erst Klage zu erheben. Noch mehr Bedeutung würde die Gesetzesbestimmung verlieren, wenn man, wie Gaupp-Stein und Seuffert, nicht die Klageerhebung sondern die letzte Tatsachenverhandlung bezw. die Urteilsfällung als maßgebenden Zeitpunkt für das Erfordernis der Unzulässigkeit des Einspruchs ansehe. Denn in diesem Falle habe der Schuldner, da die letzte Verhandlung wie auch die Urteilsfällung regelmäßig nicht vor Ablauf der Einspruchsfrist stattfinde, schon von vornherein das Wahlrecht. Dann würde die Vorschrift nahezu wertlos sein, so daß man schwerlich annehmen könne, der Gesetzgeber habe sie mit d i e s e m Inhalt schaffen wollen.

Es lasse sich auch aus dem Wortlaut des § 767 Abs 2 („können" statt „konnten") kein Gegenbeweis gegen diese Auffassung entnehmen ,denn die Beziehung des „können" auf die Entstehungszeit der Einwendungen sei „grammatikalisch zulässig", weil das „können" in zeitlichem Parallelismus mit dem voraufgegangenen „ent-

standen sind" stehe [1]). Ferner müsse der Wortlaut des Gesetzes, falls er wirklich zweifelhaft wäre, nach dem Zwecke ausgelegt werden; nach diesem solle aber die Vorschrift den Ausschluß des Schuldners mit solchen Einwendungen herbeiführen, die er durch Einspruch geltend machen kann, aber nicht geltend macht. Nicht den Zeitpunkt der Klagerhebung, sondern die Bestimmung der Tatsachen, welche der Schuldner mit der Klage vorbringen dürfe, habe das Gesetz regeln wollen. Auch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zeige, daß es sich nicht nur um „Aufschub", sondern um „Ausschluß" handele. Das ergebe sich besonders auch noch aus dem Umstande, daß in § 796 Abs. 2 für die Geltendmachung materiellrechtlicher Einwendungen gegenüber dem Vollstreckungsbefehl das Erfordernis der Unzulässigkeit des Einspruchs nicht aufgestellt sei.

Diese Gründe des Reichsgerichts dürften als durchschlagend anzusehen sein und lassen die gegnerische Ansicht trotz des scheinbar für sie sprechenden besseren praktischen Ergebnisses nicht billigenswert erscheinen. Wenn Leo [2]) gegen die hier vertretene Auffassung vorbringt, daß nach ihr jeder Schuldner, der nach Erlaß des Versäumnisurteils Zahlung leistet, wegen des drohenden Fristablaufs stets sofort Einspruch einlegen müsse, um sich gegen die Gefahr der Vollstreckung zu schützen, daß aber kein Schuldner im praktischen Leben auf diesen prozeßformalistischen Gedanken verfalle, so ist

[1]) Vgl. die ausführliche Beweisführung in R.G.Z. 40, 355 und 55, 193; ebenso bei Falkmann, S. 395 und Hein, S. 114 f.

[2]) Leo, J. W., 22, 476 f.

dagegen zu sagen, daß es Sache des Schuldners ist, für eine abschließende Verhandlung der Streitsache in dieser Instanz zu sorgen, da doch nur durch seine Säumnis der Prozeß diese für ihn gefährliche Wendung genommen hat. Die Bestimmung des § 767 will die Einwendungen, die der Schuldner im Prozeß erheben muß, gegen die abgrenzen, welche er noch während der Zwangsvollstreckung erheben darf. Die letzteren sollen möglichst eingeschränkt und durch die Notwendigkeit einer besonderen Klage erschwert werden [1]). Der Grund für diese Einschränkung ist, „im Interesse eines energischen Fortgangs der Zwangsvollstreckung Schikanen und Verzögerungen des Schuldners möglichst entgegenzutreten“ [2]).

Besonders eingehend widerlegt Schultz [3]) die gegen die Auffassung des Reichsgerichts vorgebrachten Bedenken. U. a. wendet er sich auch gegen den Einwurf von Stein (vgl. oben S. 58) und bezeichnet den von jenem angestellten Vergleich mit dem in kontradiktorischer Verhandlung verurteilten Schuldner, dem die Vollstreckungsgegenklage neben der Berufung zusteht, als irreführend; denn nach dem gesetzgeberischen Grundgedanken soll die Vollstreckungsgegenklage „nur insoweit begründet sein, als das Tatsachenmaterial, auf das sie sich gründet, nicht in ‚einfacherer prozessualer Form‘ (Schmidt S. 1014) zur nachträglichen gerichtlichen Prüfung gebracht werden könne“. Erfolgreich tritt Schultz

---

[1]) Hein, Handb., S. 115.
[2]) R.G.Z. 64, 230; J. W. 13, 10.
[3]) Schultz, J.W. 21, 755, Bem. zu 5 a.

auch den ausführlichen Darlegungen Leutholds[1]) über die Unrichtigkeit des vom Reichsgericht behaupteten „zeitlichen Parallelismus" entgegen.

Die letzte besondere Einschränkung, die das Gesetz dem Schuldner hinsichtlich der Einwendung auferlegt, ist die Bestimmung des § 767 Abs. 3, nach welcher er in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen muß, „welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war". Darunter sind zunächst diejenigen Einwendungen zu verstehen, die der Schuldner zur maßgebenden Zeit kennt. Fraglich kann es sein, ob auch solche darunter fallen, welche er hätte kennen müssen. Soweit ersichtlich, wird dies im Schrifttum nur bejaht von Falkmann und Struckmann-Koch[2]). Doch erscheint es nach dem Gesetzeswortlaut bedenklich, dem zuzustimmen. Denn wenn der Schuldner eine Einwendung nicht kannte, war er für seine Person nicht imstande, sie vorzubringen, gleichgültig, ob ihn dabei ein Verschulden traf oder nicht. Nur an das Nichtvorbringen im Falle wirklichen Kennens knüpft sich die Wirkung des Ausschlusses.

Ueber die Frage, wie die nicht ausgeschlossenen Einwendungen zu behandeln sind, trifft das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Daher besteht Streit, ob solche Einwendungen noch in dem anhängigen Prozeß vorgebracht werden dürfen. Am weitesten geht hier die Auffassung von Falkmann, der eine Geltendmachung von Einwendungen, die in der einzureichenden Klag-

[1]) Leuthold, Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 4, 112 f.

[2]) Falkmann, S. 402; Struckmann-Koch, Anmerk. 6 zu § 767.

schrift nicht enthalten sind, überhaupt ablehnen will, vielmehr den Schuldner nur auf den Weg einer neuen Vollstreckungsgegenklage verweist [1]). Dem tritt das Reichsgericht [2]) entgegen und weist auf den Zweck der Vorschrift hin, nach dem sie nur dahin wirken solle, „daß der Schuldner alle Einwendungen, die er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande ist, mit einer Klage, nicht mit mehreren Klagen" geltend machen darf. Es können daher nach dem Reichsgericht auch noch weitere Einwendungen vorgebracht werden. und dieser Auffassung, die auch als die herrschende bezeichnet werden muß [3]), ist zuzustimmen. Schon durch die allgemeinen Vorschriften über Klageänderung war nach der alten Zivilprozeßordnung die notwendige Einschränkung geschaffen. Wenn der Gläubiger einwilligte oder das Gericht die Verteidigung des Beklagten durch das neue Vorbringen nicht für wesentlich erschwert hielt, fehlte es ja an einem zu schützenden Interesse des Gläubigers, und es konnten auch solche Einwendungen, die zur Zeit der Klagerhebung dem Schuldner bekannt oder noch gar nicht entstanden waren, nachträglich geltend gemacht werden [4]).

Wenn Hellwig [5]) und der von ihm angeführte Planck hiergegen einwandten, daß die nicht ausgeschlossenen Einwendungen infolge der die Klagänderung

[1]) Falkmann, S. 402, 145; Seuff. Arch. 39, 245.

[2]) R.G.Z. 55, 103; Sydow-Busch, Bem. 9 zu § 767.

[3]) Vgl. die Erläuterungsbücher; ferner Hellwig, System II, S. 198; Hein, Handb., S. 110; a. A. Weismann, II, S. 98.

[4]) Vgl. auch J. W. 05, 53; Rsp.O.L.G. 29, 228.

[5]) Anspr. u. Klagr., S. 499.

beschränkenden Vorschriften meistens einem neuen Prozeß zufallen würden und dadurch der Absicht des Gesetzes, „die Erledigung aller Einwendungen in einem Prozeß zu erzwingen", nicht erreicht würde, so ist dem jetzt nach Erlaß der Zivilprozeßnovelle vom 13. II. 1924 entgegenzuhalten, daß diese Befürchtung nicht mehr zutrifft; denn der Zweck der Vorschrift des neuen § 264 ist gerade der, mehrere Prozesse über denselben Streitstoff zu vermeiden.

§ 5.

Klagegrund, Klageänderung, Klageantrag, Beweislast.

Den Grund einer Klage bilden, wenn man der herrschenden, auch vom Reichsgericht vertretenen Substanziierungstheorie folgt, die Tatsachen, aus denen sich die Entstehung des Rechts ergibt. Für die Vollstreckungsgegenklage sind danach die Tatsachen als Klagegrund anzusehen, auf denen nach bürgerlichem Recht die Einwendungen beruhen, so die Tatsache der Zahlung und der Aufrechnung. Diese Auffassung ist bereits in den obigen Ausführungen mehrfach hervorgetreten. Falkmann[1]) und die Mehrzahl der übrigen Schriftsteller lehrt, daß „nicht etwa die Erlöschung oder Hemmung des Urteilsanspruchs, sondern die die Einwendung begründenden Tatsachen" der Klagegrund seien. Demgegenüber vertritt Hellwig[2]) die Auffassung, daß der Klagegrund nicht durch die einzelnen in der Klageschrift ausgeführten Einwendungen gebildet werde, sondern

[1]) Falkmann, S. 398 f.

[2]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 498; vgl. auch Seuffert, Bem. 5 zu § 767; Langheineken, S. 182.

durch das Erloschensein des Anspruchs. Nur der Umstand, daß die Forderung erloschen sei, stelle die Einwendung dar, die der Beklagte gegen die Forderung habe, wie sie erloschen sei, sei die tatsächliche Substanziierung dieser Einwendung. Mit der Verwerfung der Individualisierungstheorie wird man auch diese Ansicht ablehnen müssen.

Für die Frage der Klageänderung, die bereits bei Erörterung der Vorschrift des § 767 Abs. 3 berührt ist, ergibt sich hieraus, daß der Grund der Einwendung auf die im Laufe des Rechtsstreits die Klage nunmehr gestützt werden soll, bereits von vornherein vorgebracht sein muß, daß also an sich das Vorbringen neuer Einwendungen im Prozeß stets eine Klageänderung darstellt. Da jedoch die Zivilprozeßnovelle Klageänderungen im weitesten Maße zuläßt, hat diese Frage heute nur noch herabgeminderte Bedeutung.

Was den Klageantrag anlangt, so ist von dem hier eingenommenen Standpunkte aus, nach dem die Vollstreckungsgegenklage eine Gestaltungsklage ist, davon auszugehen, daß im Antrag die Urteilsformel zum Ausdruck kommen muß; er hat also dahin zu gehen, daß der Vollstreckungsanspruch eine Aenderung erfahren soll. Diesem Zweck entspricht durchaus der gebräuchliche Antrag, die Zwangsvollstreckung ganz oder mit einer Einschränkung für unzulässig zu erklären. Denn hiermit ist gesagt, daß der Vollstreckungstitel seine ihm bis dahin innewohnende Kraft verloren hat. Wenn Falkmann[1]) eine andere Fassung vorschlägt, so ist dies

[1]) Falkmann, S. 298.

ohne weiteres aus seiner grundsätzlichen Stellung zu der Natur der Vollstreckungsgegenklage zu erklären.

Daß der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen dafür beweispflichtig ist, daß der rechtskräftig festgestellte Anspruch des Gläubigers infolge irgendwelcher neu entstandener Tatsachen erloschen ist oder doch zur Zeit nicht geltend gemacht werden kann, ist unbestritten. Zweifelhaft kann diese Frage bei den vollstreckbaren Urkunden sein, wenn der Schuldner behauptet, der Anspruch des Gläubigers sei nie zur Entstehung gekommen. Hier könnte man in Analogie zu der negativen Feststellungsklage sagen, der beklagte Gläubiger müsse das Vorhandensein seiner angeblichen Forderung beweisen. Im Hinblick auf die in seinen Händen befindliche notarielle Urkunde wird man jedoch dem klagenden Schuldner auferlegen müssen, besondere Umstände, die den Inhalt dieser Urkunde nichtig machen, zu behaupten und zu beweisen [1]).

§ 6.

Zuständigkeit.

Das Gesetz schreibt im § 767 Abs. 1 als für die Vollstreckungsgegenklage zuständiges Gericht das Prozeßgericht erster Instanz vor; gemäß § 802 ZPO. ist diese Zuständigkeit eine ausschließliche und zwar sowohl in örtlicher wie in sachlicher Beziehung. Würde daher ein anderes Gericht vom Schuldner um Entscheidung angegangen werden, so wäre die Klage von Amts wegen abzuweisen. Auch eine Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit ist ausgeschlossen.

[1]) Vgl. Oertmann, S. 239f.; Goldschmidt, S. 63.

Die frühere Streitfrage, ob derselbe Richter bzw. dieselbe Kammer über die Vollstreckungsgegenklage entscheiden müsse, der auch das Urteil in dem ersten Prozeß gefällt hatte, oder ob es genüge, wenn nur dasselbe Gericht als Ganzes mit der Sache befaßt werde, ist jetzt in letzterem Sinne entschieden. Auch das Reichsgericht hat unter ausdrücklicher Aufgabe seines früheren entgegengesetzten Standpunktes[1]) jetzt mehrfach ausgesprochen, daß unter dem Ausdruck „Prozeßgericht erster Instanz" das „Gericht im ganzen" zu verstehen sei, nicht dagegen die einzelnen Abteilungen, vor denen der Hauptprozeß entschieden wurde. Das Reichsgericht hat sich damit der herrschenden Meinung[2]) angeschlossen. Seine frühere Ansicht[3]) gründete das Reichsgericht zunächst auf den vom Gesetz gewählten Ausdruck „Prozeßgericht", den die Zivilprozeßordnung regelmäßig zur Bezeichnung des mit einer bestimmten Rechtssache befaßten Richters gebrauche; es gab aber auch zu, daß es zahlreiche Fälle gäbe, in denen hiermit ein weiterer Begriff verbunden werde. Gerade wegen dieser letzteren Einschränkung des Reichsgerichts, nach der das Wort „Prozeßgericht" vom Gesetzgeber bald in einer engeren, bald in einer weiteren Bedeutung gebraucht wird, ist es, wie Mugdan[4]) mit Erfolg ausführt, nicht angängig, ohne zwingenden Grund die engere Auslegung zu wählen, zumal sie eine Ausnahme von den sonstigen Grundsätzen des Gesetzbuches darstelle.

[1]) R.G.Z. 33, 356; 45, 343.

[2]) U. a. Falkmann, S. 381 f. und die Erläuterungsbücher zu § 767.

[3]) R.G.Z. 33, 358.

[4]) Mugdan, Z.Z.Pr. 21, S. 411.

Des weiteren stützte sich das Reichsgericht auf die Materialien des Gesetzes, nach denen durch die Gerichtsstandsvorschrift der Erfolg bezweckt war, die Wahrung des Zusammenhangs zwischen den formell selbständigen neuen und dem vorausgegangenen Rechtsstreit zu erreichen, daß dieser aber in Frage gestellt sei, wenn es der Geschäftsordnung des betreffenden Gerichts überlassen bliebe, nach Wahl die Sache an die eine oder andere Abteilung zu verweisen. Hiergegen führt Mugdan zu Recht an, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Zuständigkeit gar nicht vor der Frage stand, zu bestimmen, welche Abteilung des einen oder anderen Gerichts für zuständig erklärt werden sollte, sondern daß unter verschiedenen Gerichten das eine oder andere als das zuständige auszuwählen war[1]).

Es ist auch mit Mugdan auf die praktischen Bedenken hinzuweisen, die der früheren reichsgerichtlichen Ansicht entgegenstehen; diese würde sich nämlich als unhaltbar erweisen, wenn eine Vollstreckungsgegenklage erhoben wird, nachdem der frühere Prozeß vor einer jetzt nicht mehr bestehenden oder einer Ferienkammer entschieden ist[2]).

Wenn ein besonderes Gericht, wie das Gewerbe- oder Kaufmannsgericht, über den ersten Prozeß entschieden hat, so ist auch vor ihm das Verfahren über die Vollstreckungsgegenklage anhängig zu machen[3]).

---

[1]) Mugdan, a. a. O., S. 415.
[2]) Mugdan, a. a. O., S. 419.
[3]) Seuffert, Komm. 7a zu § 767.

Erfolgt die Zwangsvollstreckung aus einem ausländischem Urteil, so wäre es möglich, daß als Gericht des ersten Prozesses das ausländische Gericht entscheiden müßte. Da jedoch die Urteile ausländischer Gerichte nur nach Erlaß des besonderen Vollstreckungsurteils gemäß § 722 f ZPO. im Inland die Vollstreckbarkeit erlangen, so kann auch nur das zum Erlaß dieses Vollstreckungsurteils zuständige Gericht über den Fortbestand der Vollstreckbarkeit entscheiden, ungeachtet dessen, daß materiellrechtlicher Prozeßstoff dem Vollstreckungsurteil nicht zugrunde gelegen hat [1]). Ebenso ist, wenn die Vollstreckung eines Schiedsspruchs durch die Vollstreckungsgegenklage bekämpft werden soll, nur das Gericht zuständig, das gemäß § 1042 ZPO. die Vollstreckbarkeitsentscheidung getroffen hat [2]).

§ 7.

Zeitliche Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage.

Als Rechtsbehelf des Schuldners in der Zwangsvollstreckung kann die Vollstreckungsgegenklage solange erhoben werden, wie die Vollstreckung betrieben wird. Ist die Vollstreckung zu Ende geführt, so besteht kein Bedürfnis mehr für den Schuldner, ihr noch entgegenzutreten. Der Gegenstand der Klage ist weggefallen. Zweifelhafter ist die Frage, ob die Vollstreckungsgegenklage schon erhoben werden kann, wenn die Vollstreckung noch nicht begonnen hat. v. Wilmowsky-

---

[1]) R.G. in J. W. 04, 41.

[2]) Seuffert, Komm. 7a zu § 767; Seuff. Arch. 39, 240.

Levy, Kohler und David[1]) wollen sie in diesem Falle nicht zulassen. Kohler vermißt, wenn noch keine Vollstreckungshandlungen vorgenommen sind, den „Angriff . . ., welcher zurückzuweisen wäre". Demgegenüber verlangt Langheineken[2]) mit Rücksicht auf die von ihm angenommene Natur der Vollstreckungsgegenklage als negativer Feststellungsklage, deren Ziel immer eine Verteidigung sei, „das Vorhandensein eines objektiven Verteidigungsbedürfnisses". Dieses könne schon in der Tatsache liegen, daß der im Besitze einer vollstreckbaren Ausfertigung befindliche Gläubiger, nachdem er vom Schuldner befriedigt worden ist, sowohl die Ablieferung der vollstreckbaren Ausfertigung als auch die Ausstellung einer Quittung verweigere. Hierdurch könne bereits die Ergreifung von Abwehrmaßnahmen gerechtfertigt sein, auch wenn es noch gar nicht zu Vollstreckungsmaßnahmen gekommen sei. Eine derartige besondere Begründung des Feststellungsinteresses daran, daß ein Vollstreckungsrecht nicht besteht, verlangt für die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage vor Beginn der Zwangsvollstreckung auch Seuffert, der hinsichtlich der Natur der Klage Langheinekens Ansicht teilt.

Gegen das Erfordernis des besonderen Interesses wenden sich mit Recht Stein und Oertmann, sowie Falkmann[3]). Dieser letztere — selbst auch ein

[1]) v. Wilmowsky-Levy, Bem. 3 zu § 767; Kohler, Arch. f. ziv. Pr. 72, 12; David, Bd. 20, S. 435; ferner Seuff. Arch. 39, 369.

[2]) Langheineken, S. 183.

[3]) Stein, Voraussetzungen, S. 143; Oertmann, Vollstreckungsgegenkl., S. 223; Falkmann, S. 383.

Anhänger von der Lehre der Feststellungsklage (vgl. S. 23 f. oben) beruft sich auf den Zweck der Vorschrift, nach welcher der Schuldner nicht zur Einlegung der Berufung genötigt werden solle. Stein und Oertmann lassen die Klage unbedingt vor Beginn der Zwangsvollstreckung zu und erklären die Gefahr der künftigen Vollstreckung als ausreichendes Rechtsschutzinteresse. Dieser Standpunkt ist bei Annahme der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruch allein haltbar, denn tatsächlich ist in dem bloßen Bestehen des Vollstreckungsrechts, das mit Eintritt der Vollstreckbarkeit des Titels entsteht, eine Bedrohung des Schuldners enthalten. Im Interesse des Schuldners liegt es, wenn er die Klage schon vor tatsächlichem Vollstreckungsbeginn erheben kann. Das entspricht auch durchaus dem Zwecke des Gesetzes, das dem Schuldner hiermit eine wirksame Waffe gegen die Vollstreckung hat geben wollen, und zwar nicht gegen die einzelne Vollstreckungsmaßnahme, sondern gegen die Vollstreckbarkeit überhaupt [1]).

Durch die Vorschrift des § 93 ZPO., nach welcher dem Kläger bei sofortigem Anerkenntnis seitens des Beklagten die Kosten aufzuerlegen sind, wird einer mißbräuchlichen Anwendung dieses Schutzmittels hinreichend vorgebeugt.

[1]) Vgl. u. a. die besonders nachdrückliche Verteidigung dieser Ansicht bei Stein, Voraussetz., S. 144, für den Fall der Verurteilung zu künftig fällig werdenden Leistungen. Ebenso die h.M., s. die Erläuterungsbücher, bes. Gaupp-Stein, III, zu § 767; Hellwig, System II, § 287, 6a; Kuttner, S. 209; R.G. in J.W. 95, 330; 517; Kammerger. in J.W. 21, 755 und Bem. von Schultz hierzu.

§ 8.

Das Verhältnis der Vollstreckungsgegenklage zur negativen Feststellungsklage hinsichtlich des materiellen Anspruchs und zur Berufung.

Das Gesetz schreibt den Weg der Klage für die Geltendmachung neuentstandener materieller Einwendungen in der Zwangsvollstreckung vor. Damit wird in dem Vollstreckungsverfahren eine andere Art der Geltendmachung nicht zugelassen. Zwar hat das Urteil, das auf die Vollstreckungsgegenklage ergeht, wie Hellwig[1]) zuzugeben ist, im praktischen Ergebnis den Erfolg, daß die Leistungspflicht verneint wird, läßt aber trotzdem, wie schon gezeigt ist, den materiellen Anspruch von Bestand, ist vor allem keine negative Feststellung desselben. Eine solche würde für die Zwangsvollstreckung selbst mit Rücksicht auf ihre Unabhängigkeit vom materiellen Anspruch weder erforderlich noch genügend sein. Es bleibt deshalb neben der Vollstreckungsgegenklage Raum für die Geltendmachung der Einwendungen in anderen Prozessen zur Verteidigung gegen den materiellen Anspruch selbst. Dies kann sowohl als Replik gegen eine etwaige Aufrechnung des Gläubigers mit seinem bisherigen Anspruch als auch grundsätzlich im Wege einer gewöhnlichen Feststellungsklage mit den ausschließlichen Voraussetzungen des § 256 ZPO. geschehen. Wegen der Verschiedenheit vom Klagegrund und Ziel dieser und der Vollstreckungsgegenklage schließen beide Klagen sich nicht gegenseitig aus[2]). Die

[1]) Anspr. u. Klagr., S. 500.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein, I, 4 zu § 767; Stein, Grundriß § 162 II, 31; Oertmann, Vollstreckungsgegenkl., S. 239; Förster-Kann, Anm. 6 zu § 767, dort auch die zustimmende Rechtsprechung.

Feststellungsklage hat allein ein materielles Ziel und keinen Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung, so daß auch deren Besonderheiten wie der Gerichtsstand des § 767 oder die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen hier entfallen. Allerdings können nicht in allen Fällen die Klagen nebeneinander geltend gemacht werden. So ist dann wegen des fehlenden rechtlichen Interesses kein Raum für die Feststellungsklage, wenn auf Grund derselben Einwendungen bereits durch Urteil gemäß § 767 entschieden ist bzw. die Vollstreckungsgegenklage anhängig ist[1]).

Ist das Urteil noch nicht rechtskräftig geworden, so ist zur Geltendmachung nach der letzten Verhandlung entstandener Einwendungen die Berufung neben der Vollstreckungsgegenklage zulässig. Beide Möglichkeiten stehen dem Schuldner zur Wahl. Hierin tritt wiederum die schon oben gekennzeichnete Absicht des Gesetzgebers hervor, den einfachsten Weg gerichtlicher Erledigung offen zu halten. Für den Schuldner kann nämlich die Vollstreckungsgegenklage deshalb willkommener sein, weil er bei ihr die Bestellung eines neuen Anwalts für die Berufungsinstanz ersparen kann.

Hat der Schuldner dagegen Berufung eingelegt, so ist es fraglich, ob er daneben auch noch die Klage aus § 767 erheben kann. Mit der herrschenden Meinung wird man dies ablehnen müssen, denn dann fehlt ihm das Rechtsschutzinteresse[2]), da er in der Lage ist, neue

[1]) Vgl. hierzu Geib, S. 126.

[2]) Gaupp-Stein, II, 3 zu § 767; Stein, Voraussetzungen, S. 145; Hein, Handb., S. 114; Weismann, II, S. 100; Falkmann, S. 395; Hellwig, System II, § 287 Anm. 42.

Tatsachen und damit auch die unter § 767 fallenden in der Berufungsinstanz vorzubringen.

Hat der Schuldner die Vollstreckungsgegenklage gewählt und legt dann noch Berufung ein, so kann man ihre Unzulässigkeit nicht mit der Rechtshängigkeit begründen, wie Hellwig offenbar will, wenn er sagt: „Es ist unzulässig wegen derselben Frage die Gerichte doppelt anzugehen . . . Der Schuldner kann nicht vor dem Prozeßgericht die eine und vor dem Berufungsgericht dieselbe Frage zusammen mit anderen Fragen zur Entscheidung bringen“ [1]). Dagegen spricht, daß der Klagegegenstand nicht derselbe ist. Im Prozeß aus § 767 handelt es sich um den Vollstreckungsanspruch, während bei Berufung der materielle Anspruch Klagegegenstand ist; dies wird auch dadurch nicht geändert, daß in beiden Fällen materiellrechtliche Einwendungen das klagbegründende Tatsachenmaterial bilden. Bei der Vollstreckungsgegenklage aber sind nur die durch § 767 Abs. 2 nicht ausgeschlossenen Einwendungen Klagegrund. Dieser ist wesentlich beschränkter als bei der Berufung. Daher wird man in diesem Falle dem Schuldner ein Rechtsschutzinteresse nicht absprechen können. Denn es muß ihm freistehen, nachträglich durch die Berufung Einwendungen vorzubringen, ohne die er im Verfahren nach § 767 unterliegen würde [2]).

[1]) Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 497.

[2]) So auch die h.M. gegen Hellwig, a. a. O. und Falkmann, S. 396.

Lebenslauf.

Als Sohn des Forstmeisters Johannes Köhler und seiner Ehefrau Julie Köhler, geb. Schramm, am 25. Aug. 1893 in Testorf b. Zarrentin in Meckl.-Schwer. geboren, besuchte ich von meinem 9. bis zum 18. Lebensjahre das humanistische Gymnasium zu Waren i. M. und widmete mich nach Bestehen des Abiturienten-Examens am 16. Februar 1912 dem Studium der Rechte an den Universitäten Freiburg i. B., Grenôble in Süd-Frankreich, München und Rostock i. M. Am 2. August 1914 trat ich als Kriegsfreiwilliger beim 1. Großh. Mecklb. Dragoner-Regt. Nr. 17 in Ludwigslust ein und machte den Weltkrieg 2 Jahre in dessen Reihen und die letzten $2^1/_4$ Jahre als Angehöriger des Infanterie-Regiments 463 mit. Nach Entlassung aus dem Heeresdienst nahm ich das Rechtsstudium an der Universität Rostock wieder auf, bestand am 29. September 1920 die erste und nach Ableistung der vorgeschriebenen Referendarausbildungszeit am 23. Juni 1925 die zweite juristische Staatsprüfung. Durch das Mecklenburg-Schwerinsche Justizministerium wurde ich am 1. Juli 1925 zum Gerichtsassessor ernannt. Am 29. Juli 1925 legte ich die mündliche Doktorprüfung vor der Juristischen Fakultät der Universität Rostock ab.